E LIBRIS
J. DE WAL.
Jur. Prof.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

388
I 40

Reines

Römisches Privat-Recht,

nach den

Quellen und den Auslegungen

der

vorzüglichsten Rechtsgelehrten.

Dargestellt

von

Anton Haimberger,

Doctor der Rechte, und Professor des Röm. Civil- und des Kirchenrechtes an der Universität in Lemberg.

Aus der lateinischen Ausgabe mit Zusätzen und Berichtigungen in's Deutsche übertragen vom Verfasser.

Koninklijke Bibliotheek 's Hage

II. Theil,

enthaltend des III. Buches ersten Theil, d. i. die Lehre von dem Besitze, dem Eigenthume, dem Erbpachte, dem Bodenrechte, dem Pfandrechte, und von den Dienstbarkeiten.

Wien, 1835.

Im Verlage der k. k. Schulbücher-Verschleiß-Administration bey St. Anna in der Johannis-Gasse.

Digitized by Google

Digitized by Google

III. Buch.

Dingliche Rechte.

§. 180.

Eintheilung.

Es gibt ein dingliches Recht (§. 102.) auf unsere eigene Sache, oder hinsichtlich fremder Sachen, und im letzteren Falle entweder bey Lebzeiten des Eigenthümers derselben, oder nach dessen Tode. Wir haben daher folgende sechs dingliche Rechte: Das Eigenthum, den Erbpacht *(emphyteusis)*, das Bodenrecht *(superficies)*, das Pfandrecht, die Dienstbarkeiten und das Erbrecht a). Da aber jedes dingliche Recht den Begriff des Besitzes voraussetzt; so müssen wir zuerst vom Besitze handeln.

I. Hauptstück.

Vom Besitze a).

§. 181.

Begriff und Natur des Besitzes.

Im Allgemeinen bedeutet der Ausdruck Besitz die Inhabung einer Sache, oder das physische Vermögen, über eine Sache

a) Diese dinglichen Rechte nehmen fast alle Neuern an, vergl. Warnkönig II. Buch, §. 202. 283. 338. 347. 350. — v. Wening I. 2. §. 1. — Seuffert I. §. 119. — Mühlenbruch §. 354. 386. 406. 410. 411. — Über die verschiedenen Meinungen der älteren Rechtslehrer in Aufzählung der dinglichen Rechte sehe man z. B. Günther §. 550. a. und Kaufmann §. 76. b.

a) §. 4. 5. 6. J. IV. 15. *de interdictis.* — D. XLI. 2. *de adquir. vel omitt. poss.* — C. VII. 32. *de adquir. vel retin. poss.* —

Digitized by Google

mit Ausschließung Anderer zu verfügen b), und es ist eine bloße Frage über eine Thatsache, ob dieses Vermögen Jemanden zustehe oder nicht; daher sagen unsere Quellen mit Recht, der Besitz sey eine Thatsache, und kein Recht c). Da aber aus dieser Thatsache verschiedene Rechte entspringen; so wird doch in mehreren Stellen der Besitz ein Recht genannt d), ohne daß er aber deßhalb anderen Rechten, wie z. B. dem Eigenthume, gleichgestellt werden könnte. Wenn also in unseren Quellen von dem Besitzrechte die Rede ist; so versteht man darunter den Besitz im juridischen oder strengen Sinne e), welcher nichts an-

---

Donelli Comm. libr. V. c. 6—13. — Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. — *A. J. Cuperi* observat. selectae de natur. poss. denuo edid. adject. de natura et civili poss. animadv. *A. F. J. Thibaut.* Jenae 1804. — Gottl. Hufeland in der Reihe von Abhandlungen: Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitze. Gießen 1815. Am ausgezeichnetsten behandelte diesen schwierigen Gegenstand F. C. v. Savigny in seinem Werke: Das Recht des Besitzes, welches zuerst 1803, dann 1806, 1818, 1822 und 1827 in Gießen erschien (über die neueste Ausgabe ist eine Recension in der Tüb. krit. Zeitschr. IV. 3, S. 357. nachzusehen). Man vergl. noch Theod. Max. Zachariä neue Revision der Theorie des Röm. Rechtes vom Besitze mit besonderer Rücksicht auf Savigny. Leipzig 1824. Neuestens stellte wieder Fr. v. Thaden in seinen „allgemeinen Untersuchungen über den Begriff des Röm. Interdicten-Besitzes, Hamburg 1833." die Behauptung auf, der Interdicten-Besitz sey ein dingliches Recht. Vor Allem fiel uns gegen diese Behauptung immer auf, wie es denn möglich sey, da Unrecht kein Recht begründen kann, daß ein Dieb, ein Räuber, ein Bevollmächtigter, welcher für uns den Besitz erwerben soll, ihn aber betrügerischer Weise auf sich übertragen läßt, durch ihre widerrechtliche Handlung ein Recht, und zwar ein dingliches Recht sollten erlangen können? Wohl aber ist uns einleuchtend, daß sich Jemand durch eine widerrechtliche Handlung in ein gewisses factisches Verhältniß setzen könne, welches rechtliche Folgen (Interdicte) hat.

b) fr. 1. pr. D. *h. t.* „*Possessio* appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit."

c) fr. 1. §. 3. D. *h. t.* — fr. 19. D. IV. 6. *ex quib. caus. major.*

d) Z. B. fr. 49. pr. §. 1. D. h. t. — Savigny §. 5. — Pucht a nennt in seiner Classification der Rechte im Rh. Mus. III. 2. S. 305. das Besitzrecht ein Recht an der eigenen Person.

e) Wie in fr. 44. pr. D. *h. t.* — fr. 2. §. 38. D. XLIII. 8. *ne quid in loco publ.* — fr. 5. §. 1. D. XLVIII. 6. *ad leg. Jul. de vi publ.* — c. 5. C. VII. 16. *de lib. caus.*

Digitized by Google

deres ist, als die Inhabung einer Sache mit dem Willen, dieselbe für sich selbst, nicht für einen Andern zu haben. Es liegt aber wenig daran, ob in diesem Falle der Besitzer das Recht zu besitzen (*jus possidendi*) habe oder nicht, denn dieses ist von dem Besitze unterschieden f); ja auch die Besitzrechte (*jura possessionis*) sind damit nicht zu verwechseln, d. i. jene Rechte, welche aus dem Besitze im juridischen Sinne fließen, und wozu eigentlich nur die Ersitzung und die Interdicte gehören g).

§. 182.

Verschiedene Eintheilungen des Besitzes und deren Wirkungen.

Die vorzüglichste Eintheilung des Besitzes ist die, daß er entweder ein natürlicher, bürgerlicher oder Besitz schlechtweg genannt wird. Der natürliche Besitz (*possessio naturalis*) ist die bloße Inhabung einer Sache, welche die Römer mit folgenden Worten bezeichnen: *tenere, naturaliter possidere, esse in possessione, corporaliter possidere.* Diese Inhabung ist der Regel nach Grundbedingung jedes andern Besitzes a). Wo sie aber den beyden andern Arten des Besitzes entgegengesetzt wird, unterscheidet sie sich von denselben darin, daß der Inhaber keineswegs den Willen hat, die Sache für sich zu behalten, und daß er daher nur im fremden Nahmen besitzt b). Mit dieser Inhabung, und daher auch mit jedem andern Besitze sind schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgende ju-

f) So ist z. B. ein Dieb wirklicher Besitzer, aber er hat kein Recht, die gestohlene Sache zu besitzen.

g) v. Wening I. Band. 1. Buch. §. 166. — Mühlenbruch II. §. 343. Vergl. den nachfolg. Paragr. Andere Rechte sind nur zufällig mit dem Besitze verbunden, Savigny §. 2—4. Vergl. doch Roßhirt zur Lehre vom Besitze im Archiv für Civ. Prax. VIII. 1. S. 14.

a) fr. 3. §. 13. D. *h. t.* — c. 2. C. *h. t.* Die Ausnahme kommt in der Note m vor.

b) Wie z. B. der Pächter, der Entlehner und Andere, fr. 18. pr. fr. 30. §. 6. D. *h. t.* — fr. 9. D. VI. 1. *de rei vind.*

Digitized by Google

ridische Wirkungen verbunden: 1) Wird der Inhaber einer Sache von Jemanden belangt, daß er dieselbe herausgebe, so kann er dazu nicht verhalten werden, außer der Kläger beweist, er habe mehr Recht auf die Sache, als der Belangte — *in pari causa melior est conditio possidentis* — c); 2) wer mit Gewalt von dem Besitze verdrängt oder in demselben gestört wird, ist berechtigt, den Störer mit Gewalt auf der Stelle (*ex continenti*) zu vertreiben d); 3) endlich kann der Inhaber das Retentionsrecht ausüben, wenn ihm Jemand wegen dieser Sache, die er inne hat, etwas schuldig ist, und dasselbe nicht bezahlen will e), außer er hätte die Sache durch ein Vergehen in seine Inhabung gebracht f); denn der Eigenthümer, der seine Sache von dem Inhaber zurückfordert, aber das nicht ersetzen will, was dieser auf die Sache verwendete, kann mit der *exceptio doli* zurückgewiesen werden g). Der Besitz schlechthin oder im juridischen Sinne *(possessio proprie talis)* ist die Inhabung einer Sache mit dem Willen, sie für sich zu haben h); hinsichtlich der Wirkungen unterscheidet sie sich von dem natürlichen Besitze darin, daß der eigentliche Besitzer das Recht zu Interdicten hat i). Wird dieser eigentliche Besitz dem Civilbesitze entgegengesetzt, so heißt er in den Quellen auch natürlicher Besitz k). Ist mit

c) fr. 2. D. XLIII. 17. *uti possid.* — fr. 128. pr. D. L. 17. *de reg. jur.*

d) fr. 3. §. 9. fr. 17. D. XLIII. 16. *de vi.* — c. 1. C. VIII. 4. *unde vi.*

e) fr. 23. §. 4. fr. 48. D. VI. 1. *de rei vind.* — fr. 18. §. 4. D. XIII. 6. *commod.* — fr. 1. pr. D. XX. 1. *de pign. et hypoth.* — Vergl. auch fr. 14. §. 1. D. X. 3. *communi div.*

f) Seuffert I. §. 104. Note 6.

g) fr. 4. §. 9. D. XLIV. 4. *de except. doli mal.* Weitläufiger handelt nebst Andern von diesem Retentionsrechte v. Wening I. 1. §. 169.

h) Vergl. unten. §. 186.

i) Man vergl. §. 4. 5. 6. J. IV. 15. *de interd.* — fr. 1. §. 23. D. XLIII. 16. mit fr. 9. D. VI. 1. — fr. 1. §. 10. D. XLIII. 16. und fr. 3. §. 8. D. XLIII. 17.

k) fr. 3. §. 15. D. X. 4. *ad exhib.* — fr. 2. §. 1. D. XLI. 5. *pro hered.* — fr. 1. §. 9. D. XLIII. 16. Vergl. Kaufmanns zweyte

Digitized by Google

dem Willen, die Sache für sich zu haben, auch ein guter Glaube und ein rechtmäßiger Titel verbunden l); so entsteht der Civilbesitz (*possessio civilis*), welcher das Recht zur Ersitzung gibt, d. i. zur Erlangung des Eigenthumes der durch die gesetzliche Frist ununterbrochen besessenen Sache m). Obgleich mit dem Ausdrucke Civilbesitz dieser einzige Begriff verbunden wird; so hat doch der entgegengesetzte Ausdruck nicht im Civilbesitze seyn (*civiliter non possidere*) eine doppelte Bedeutung; denn entweder versteht man darunter jenen Besitz, welcher bloß ein Recht zu den Interdicten, aber nicht zur Ersitzung gibt n), oder die bloße Inhabung o). Ferner wird der Besitz in einen rechtmäßigen und unrechtmäßigen, in einen redlichen und unredlichen eingetheilt. Rechtmäßig ist der Besitz (*possessio justa*), den Jemand aus einem gesetzmäßigen Grunde erhielt; widrigens heißt der Besitz unrechtmäßig (*possessio injusta*), wohin vorzüglich die Fälle gehören, wo man den Besitz mit Gewalt, mit List oder durch Mißbrauch des Bittleihens

---

Abtheil. §. 77. Die Einwürfe, welche dieser Savigny'schen Ansicht entgegengestellt werden, beleuchtet und widerlegt G. Thon im Rh. Mus. IV. 1. S. 95—141.

l) Sieh unten §. 215. V. und §. 216. Ganz neue Begriffe über den Civil- und Natural-Besitz stellt A. H. Wiederhold in seinem Werkchen: das interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio, Hanau 1831, auf, allein sie sind mit den Quellen fast durchaus im Widerspruche. Vergl. darüber Albert in der Haller a. Lit. Z. 1833. N. 6.

m) fr. 3. §. 15. D. X. 4. *ad exhib.* verbunden mit fr. 16. D. XLI. 3. *de usurp.* — fr. 26. pr. D. XXIV. 1. *de donat. inter vir. et uxor.* — fr. 1. §. 2. D. XLI 6. *de donato.* — fr. 1. §. 9. 10. D. XLIII. 16. Da das Kleinere in dem Größeren der Regel nach enthalten ist; so hat derjenige, der ersitzen kann, auch das Recht auf die Interdicte, außer es wäre dieses letztere Recht aus einer besonderen Ursache bey jemanden Andern, wie beym Pfande. Der Pfandgläubiger hat nähmlich als wirklicher Besitzer das Recht auf die Interdicte, der Schuldner aber das Recht zu ersitzen, fr. 16. D. XLI. 3. Man sehe Kaufmann §. 77. am Ende.

n) fr. 26. pr. D. XXIV. 1. *de donat. inter vir. et uxor.*

o) fr. 7. §. 1. D. X. 4. *ad exhib.* — fr. 24. in fin. D. *h. t.*

Digitized by Google

erhielt (*vitia possessionis*) p). Der Besitz ist redlich (*p. bonae fidei*), wenn der Besitzer glaubt, daß er mit Recht besitze oder innehabe; weiß er aber, daß er dazu kein Recht habe, so ist der Besitz unredlich (*p. malae fidei*) q). Beyde Eintheilungen beziehen sich sowohl auf den eigentlichen Besitz, als auf die bloße Inhabung r). Endlich müssen wir noch bemerken, daß in unsern Quellen mit dem Nahmen des Besitzes nicht selten das Eigenthum unbeweglicher Sachen bezeichnet werde s), ja auch das dingliche Recht, dessen Urheber und Beschützer der Prätor war t).

Kann Jemand nach den Gesetzen so verurtheilt werden, wie wenn er im Besitze wäre; so pflegt man denselben einen erdichteten Besitzer (*fictus possessor*) zu nennen, was dann Statt hat, wenn er den Besitz auf betrügerische Weise aufgab, oder sich in den Proceß, als wäre er Besitzer, einließ u).

§. 183.

Subject und Object des Besitzes.

Alle, welche Personen sind, können besitzen; besitzunfähig sind daher die Sclaven a) und die Gefangenen b). In älteren Zeiten waren auch die Hausſöhne zu besitzen unfähig, da sie nur im Nahmen des Vaters den Besitz im eigentlichen Sinne

p) fr. 6. pr. D. *h. t.* — fr. 1. §. 28. D. XLIII. 16. *de vi.* — fr. 1. §. 9. fr. 2. D. XLIII. 17. *uti possid.* — fr. 2. §. 3. D. XLIII. 26. *de precario.*

q) §. 35. J. II. 1. *de rer. div.* — fr. 27. D. XVIII. 1. *de contr. emt.* — fr. 38. D. XLI. 3. *de usurp.* — fr. 109. D. L. 16. *de verb. sign.*

r) fr. 13. §. 1. D. VI. 2. *de Publ. in rem. act.* — fr. 19. in fin. D. XX. 4. *qui potior. in pign.* Vergl. Savigny §. 8.

s) fr. 78. D. L. 16. *de verb. sign.* — c. 2. 6. C. V. 71. *de praediis et aliis rebus.*

t) So die bonorum possessio, fr. 3. §. 1. D. XXXVII. 1. *de bon. poss.*

u) In den Quellen heißt es aber ausdrücklich, daß eine solche Person nicht besitze, fr. 7. fr. 25. fr. 27. pr. §. 3. D. VI. 1. *de rei vind.*

a) fr. 30. §. 3. fr. 49. §. 1. D. *h. t.* (XLI. 2.) — Die Sclaven können nur natürlich, d. i. für Andere besitzen, fr. 49. D. *h. t.*

b) fr. 23. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

ausüben konnten c). Mehrere können eine Sache zugleich so besitzen, daß der Eine Inhaber, und der Andere eigentlicher Besitzer ist d), oder so, daß der Eine den Besitz schlechtweg, und der Andere den Civilbesitz hat e). Endlich können Mehrere die nähmliche Sache ungetheilt (*pro indiviso*) sowohl inne haben, als besitzen, was man Mitbesitz (*compossessio*) zu nennen pflegt f); *in solidum* aber, d. i. die nähmliche Sache ganz können Mehrere zugleich weder inne haben, noch besitzen g), woraus folgt, daß so lange bey Jemanden der Besitz einer Sache fortdauert, derselbe auf niemanden Andern übergegangen seyn kann, und daß im Gegentheile, wenn die Gesetze einen neuen Besitz anerkennen, der vorige aufgehört haben müsse.

Was das Object des Besitzes betrifft, so können alle körperlichen, sich im Verkehre befindlichen (§. 72.) Sachen in Besitz genommen werden h), und wer eine Gesammtsache, z. B. ein Gebäude zu besitzen anfängt, besitzt dieselbe als Ganzes, nicht nach seinen abgesonderten Theilen i); daher kann man auch

---

c) fr. 49. §. 1. D. *h. t.* — fr. 93. D. L. 17. *de reg. jur.* Anders verhielt sich die Sache beym peculium militare, fr. 4. §. 1. D. XLI. 3. *de usurp.* Nach dem neueren Rechte hat der Hausſohn hinsichtlich des peculium adventitium den eigentlichen Besitz, ungeachtet der Vater den Nießbrauch hat, denn dieser ist nur Inhaber (§. 150. q.); im Gegentheile hat in Beziehung auf das peculium profectitium der Sohn die bloße Inhabung.

d) So ist nach dem Beyspiele, welches wir in der vorigen Note anführten, der Hausſohn wirklicher Besitzer des peculium adventitium, und der Vater Inhaber desselben.

e) Wie fr. 16. D. XLI. 3. Vergl. §. 182. Note m. am Ende.

f) fr. 26. D. *h. t.* Also nach ideellen Theilen, so z. B. Cajus besitzt ein Drittel, und Titius zwey Drittel einer Sache.

g) fr. 3. §. 5. D. *h. t.*

h) fr. 3. §. 17. fr. 23. §. 2. fr. 30. §. 1—3. D. *h. t.*

i) fr. 23. pr. D. XLI. 3. *de usurp.* — fr. 2. §. 6. D. XLI. 4. *pro emtore.* Wenn daher ein Ganzes in seine Theile aufgelöset wurde; so muß der Besitz dieser einzelnen Theile erst angefangen werden, fr. 23. §. 2. D. XLI. 3. „Si autem domus demolita est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, denuo usucapiantur, et non potest recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt.“ Aber von den einzelnen Theilen wird angenommen, daß

Digitized by Google

nicht den abgesonderten Theil irgend einer Sache in Besitz bringen k), außer es bildete dieser Theil für sich ein Ganzes, oder er wäre nur ideell, wie z. B. die Hälfte, ein Drittel l).

§. 184.

Von der Erwerbung des Besitzes im Allgemeinen.

Da der Begriff des Besitzes die Inhabung der Sache, und den Willen des Inhabenden, dieselbe im eigenen Nahmen in der Gewalt zu haben, voraussetzt; so ist klar, daß zur Erwerbung des Besitzes eine Thatsache und ein bestimmter Wille erfordert werde a), von welchem wir nun handeln und untersuchen werden, ob wir auch durch Andere den Besitz erwerben können.

§. 185.

Von der Besitzergreifung.

Die meisten vorzüglich von den älteren Rechtslehrern behaupten, daß eine wahre Besitzergreifung nur dann vorhanden sey, wenn der, welcher eine Sache zu besitzen wünscht, dieselbe,

---

sie nun aus dem nähmlichen Grunde, aus welchem das Ganze besessen wurde, in dem Besitze zu seyn anfangen, fr. 11. §. 6. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.* — fr. 23. §. 2. D. XLI. 3. Vereinigt aber Jemand eine bewegliche Sache, die er im Besitze hatte, mit einer andern beweglichen Sache; so verliert er den Besitz der ersteren wenigstens hinsichtlich der Ersitzung nicht, fr. 30. §. 1. D. XLI. 3., was ebenfalls bey der Vereinigung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache gilt, wenn zur Ersitzung der beweglichen Sache nur mehr ein kleiner Zeitraum (fr. 21. §. 1. D. XIII. 5. *de pecun. const.*) erforderlich ist. Nicht entgegen sind fr. 7. §. 1. et 2. D. X. 4. *ad exhib.* und fr. 1. §. 2. D. XLVII. 3. *de tign. junct.* Etwas abweichend ist von Savigny §. 22. am Ende. Man vergleiche hierüber vorzüglich Thibaut im Civ. Archive VII. 1. S. 79—86.

k) fr. 25. 26. D. XLI. 3.

l) fr. 3. §. 2. fr. 26. D. *h. t.* — fr. 32. §. 2. D. XLI. 3. Einen Theil eines Grundstückes kann man seiner Natur nach sowohl abgesondert (pro diviso), als auch ungetheilt (pro indiviso) besitzen, die Theile von anderen Sachen können aber nur ungetheilt besessen werden, v. Savigny §. 22. am Anfange.

a) fr. 3. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

wenn sie beweglich ist, mit den Händen ergreift, oder wenn sie unbeweglich ist, betritt; in allen übrigen Fällen, wo eine Besitzergreifung von den Gesetzen angenommen wird, nennen sie selbe erdichtet a). Betrachten wir aber die Fragmente, welche davon handeln, genau; so wird klar, daß die Röm. Juristen eine allgemeinere Regel aufstellten, nähmlich die, daß jede Handlung, die Jemand in der Absicht unternimmt, um eine Sache seiner Gewalt zu unterwerfen, und wodurch nach der allgemeinen Meinung die Fähigkeit, über dieselbe ausschließend zu verfügen, erlangt wird, für eine Besitzergreifung zu halten sey. Es ist aber zwischen der Besitzergreifung einer Sache, die früher Niemanden gehörte, und einer solchen, die von Andern auf uns übertragen wird, zu unterscheiden. Im letztern Falle hängt gewiß das Meiste von dem Willen des Übergebers ab, daher erfordern auch hier die Gesetze keine so sehr in die Sinne fallende Handlung, wie bey der einseitigen Besitzergreifung: es ist genug, wenn sie nur so beschaffen ist, daß dadurch zunächst der Übergebende die Fähigkeit, auf die Sache zu wirken, verliere; daher erwerben wir schon den Besitz einer unbeweglichen Sache, wenn der Übergeber uns die benachbarte Sache zeigt, und dieselbe in unsern freyen Besitz *(vacua possessio)* zu überlassen verspricht b). Und den Besitz von beweglichen Sachen erwerben wir nicht nur durch Berührung oder Ergreifung, sondern auch, wenn sie 1) vor unsern Augen c) oder in unserem Hause niedergelegt werden d), oder wenn 2) die Schlüssel der in einem Gebäude oder in einem Schranke verschlossenen Sachen an jenem Orte, wo sie verwahrt sind, übergeben werden e); 3) wenn man

a) So dachten schon die Glossatoren; v. Savigny §. 14.
b) fr. 18. §. 2. D. XLI. 2. *h. t.*
c) fr. 1. §. 21. D. *h. t.* Diese Art der Übergabe pflegt man traditio longa manu zu nennen.
d) fr. 18. §. 2. D. *h. t.*
e) §. 45. J. II. 1. *de rer. divis.* — fr. 74. D. XVIII. 1. *de contr. emt.* — fr. 1. §. 21. D. *h. t.* — fr. 9. §. 6. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.*

Digitized by Google

uns die Urkunden, welche sich auf die Übergabe einer Sache beziehen, mittheilt f); 4) wenn wir eine Sache zu verwahren beginnen, oder in der Absicht bezeichnen, damit Jedermann wisse, sie gehöre uns g). Bey der einseitigen Besitzergreifung genügt aber die bloße Gegenwart nicht, sondern es wird die vollkommene Fähigkeit, mit Ausschluß aller Andern auf eine Sache zu wirken, sammt dem Willen, sie im eigenen Nahmen innezuhaben, erfordert h). Daher müssen wir 1) ein Grundstück wirklich betreten i); 2) bey wilden Thieren genügt die bloße Verwundung nicht, sondern wir müssen dieselben entweder lebendig fangen, oder todt in unsere Gewalt bringen k). Auch sind weder wilde Thiere, die in umzäunten Wäldern herumschwärmen, noch Fische, die in einem Teiche sich befinden, in unserem Besitze, sondern erst dann werden wir als Besitzer derselben betrachtet, wenn wir jene in Käfigen, diese in Fischbehältern oder andern ähnlichen Orten verwahrt halten l). Und 3) ein Schatz, wenn wir auch wissen, daß er in unserem Grunde verborgen ist, wird so lange von uns nicht besessen, bis er aus der Erde ausgegraben ist m). Übrigens kann ein Inhaber zuweilen durch den bloßen Willen Besitzer werden, was dann Statt hat, wenn er ein solches Geschäft eingeht, aus welchem das Recht zu besitzen entspringt (*traditio brevi manu*) n), oder wenn die

f) c. 1. C. VIII. 54. *de donat.* Diese Übergabe nennt man gewöhnlich die symbolische.

g) fr. 1. §. 2. fr. 14. §. 1. D. XVIII. 6. *de peric. rei vend.* — fr. 1. §. 21. fr. 51. D. *h. t.*

h) Man vergleiche die unter i. k. l. und m. citirten Stellen. — v. Wening I. 1. §. 172. vor N. r.

i) fr. 3. §. 1. D. *h. t.* — fr. 1. §. 29. fr. 3. §. 7. 8. D. XLIII. 16. *de vi et de vi armata.*

k) §. 13. 14. J. II. 1. — fr. 5. §. 1. 2. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.* — fr. 55. D. *eod.* — Gesterdings Lehre vom Eigenthume, §. 14. S. 77.

l) fr. 3. §. 14. 15. D. *h. t.*

m) fr. 3. §. 3. fr. 44. pr. D. *h. t.* — fr. 15. D. X. 4. *ad exhib.*

n) So z. B. wenn ein Miether das gemiethete Haus kauft, §. 44. J. II. 1. *de rer. divis.* — fr. 9. §. 12. D. VI. 2. *de Publ. act.* — fr. 3. §. 3. D. *h. t.*

Digitized by Google

Übergabe einer Sache unter einer Bedingung geschah; denn so lange die Bedingung schwebt, ist der Übernehmer bloß ein Inhaber, gleich beym Eintritte der Bedingung wird er aber Besitzer o).

§. 186.

Von dem Willen zu besitzen.

Worin der *animus possidendi* bestehe, ist unter den Rechtslehrern sehr bestritten und verschieden angegeben. Nach Savigny, dem die Meisten folgten a), besteht er ursprünglich in dem Willen, eine Sache eigenthümlich zu behalten, und ist daher von der *opinio domini* oder der Überzeugung, vermöge welcher sich Jemand für den Eigenthümer hält, wohl zu unterscheiden; denn Diebe und Räuber sind allerdings Besitzer, obgleich sie die Überzeugung haben müssen, daß ihnen die gestohlene oder geraubte Sache nicht zukomme b). Da aber in den Quellen Fälle vorkommen, wo Jemand Besitzer ist, und dieser doch nicht den Willen hat, oder haben kann, die Sache eigenthümlich zu besitzen; so nimmt man hier ausnahmsweise einen sogenannten abgeleiteten Besitz c) an, wobei Jemand zwar nicht das Eigenthum einer Sache haben will, aber doch mehr, als die bloße Inhabung, nähmlich den Besitz im strengen Sinne mit dem Rechte auf Interdicte, und hieher gehören der *emphyteuta* d), der Pfandgläubiger e), der Regel nach der *precario ro-*

---

o) fr. 38. §. 1. D. *h. t.*
a) Man vergl. meine lat. Ausgabe II. §. 186.
b) v. Savigny §. 9. am Anfange.
c) Diesen Nahmen mißbilligt Roßhirt im Arch. für C. Prax. VIII. 1. S. 9. und 25. wegen der falschen Folgerungen, die daraus abgeleitet werden können.
d) fr. 15. §. 1. D. II. 8. *qui satisdar.*
e) fr. 16. D. XLI. 3. *de usurpat.* vergl. mit fr. 3. §. 15. D. X. 4. *ad exhib.* — fr. 35. §. 1. D. XIII. 7. *de pignor. act.* — fr. 1. §. 15. fr. 36. fr. 40. pr. D. *h. t.* vergl. mit fr. 3. §. 8. D. XLIII. 17. *uti possid.*

Digitized by Google

gans f) und der Sequester, wenn ihm der Besitz ausdrücklich in der Absicht überlassen wurde, damit weder für den Hinterleger noch auch für dessen Gegner die Zeit der Ersitzung fortlaufe g). Diese Ansicht wurde aber erst neuerlich vorzüglich deßhalb bestritten h), weil der Unterschied in den Quellen nirgends ausdrücklich angedeutet ist, und die Röm. Juristen, wenn sie vom Besitze der vier genannten Personen sprechen, denselben nie als eine Ausnahme von der Regel, oder als gegen die Natur des Besitzes angenommen betrachten. Es scheint also wirklich jener Unter-

f) fr. 4. §. 1. D. XLIII. 26. *de precar.* Der Grund dieser Regel ist, weil die Übertragung des eigentlichen Besitzes dem Übergeber beym Bittleihen nicht schadet; denn zur Ersitzung, wird ihm der Besitz desjenigen, auf den er die Sache übertrug, eingerechnet, fr. 13. §. 7. D. *h. t.*, und zur Erlangung des vorenthaltenen Besitzes seiner Sache hat er das besondere interdictum de precario. Jene Regel erleidet nur bey einem gegentheiligen Übereinkommen eine Ausnahme, fr. 10. pr. §. 1. D. *h. t.*, wie auch dann, wenn dem Schuldner das Pfand precario zurückgestellt wurde, fr. 36. D. *h. t.* — fr. 33. §. 6. D. XLI. 3. *de usurp.*

g) fr. 39. D. *h. t.* — fr. 17. §. 1. D. XVI. 3. *depositi.* Vergl. §. 215. Note f. Anders erklärt das fr. 17. §. 1. Bartels in d. Ztschr. f. C. u. Pr. VI. 2. S. 206.

h) Zuerst von Guyet in seinen Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. Heidelberg, 1829, S. 133. dann von Schröter in der Ztschr. für Civilrecht und Prozeß. Gießen, II. B. 2. H. S. 233. endlich von Warnkönig im Arch. f. Civ. Prax. XIII. 2. S. 169. Guyet sagt, daß unter animus possidendi „der durch die körperliche Innehabung einer Sache irgend ein rechtliches Verhältniß des Besitzenden zur Sache selbst beabsichtigende Wille“ zu verstehen sey. Allein nach diesem Begriffe müßte man auch beym Nießbraucher, beym Superficiar u. s. w. einen animus possidendi annehmen, da ja auch diese durch ihre Inhabung ein rechtliches Verhältniß zur Sache beabsichtigen. — Schröter geht von der Ansicht aus, daß bey jedem Besitze der animus possidendi nichts anderes, als der animus domini sey; doch scheinen seine Beweise nicht auszureichen, um uns die Überzeugung zu verschaffen, daß auch der emphyteuta, Pfandgläubiger, der Empfänger aus einem Bittleihn und der Sequester den animus domini haben sollten. Die Ansicht, welche Warnkönig aufstellte, scheint uns unter den bestehenden die richtigste, obwohl nicht zu läugnen ist, daß sich auch Einwürfe dagegen finden lassen, die wir aber nicht für unüberwindlich halten. Man s. auch W. Bartels in der Ztschr. f. C. u. Pr. VI. 2. S. 177—214.

Digitized by Google

schied zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Besitz aufgegeben und eine Begriffsbestimmung des *animus possidendi* angenommen werden zu müssen, die auf alle Fälle paßt. Der zum Erwerbe des Besitzes nöthige Wille wird in den Quellen immer *animus* schlechthin genannt. Worin er bestehe, erkennen wir daraus, daß der Besitz als nicht vorhanden angesehen wird, wenn Jemand eine Sache im fremden Namen inne hat i); der *animus* bey dem wirklichen Besitze besteht also darin, daß Jemand die Absicht hat, für sich selbst, nicht für einen Andern (*suo, non alieno nomine*) eine Sache inne zu haben. Man dürfte gegen diese Ansicht vielleicht einwenden, daß ja auch die bloßen Inhaber mit Ausnahme des *procurator possessionis exercendae causa* und des Depositars für sich selbst, d. i. zu ihren Zwecken eine Sache inne haben; so z. B. will der Miether für sich selbst, d. i. zu seinen Zwecken ein Haus inne haben, u. s. w. Allein die Inhabung eines jeden Nicht-Besitzers ist in der Art beschränkt, daß er dann, wenn er in seiner Inhabung gestört oder gar aus derselben vertrieben wird, im eigenen Namen kein Rechtsmittel — Interdict — anstellen kann, sondern der wahre Besitzer muß sich desselben bedienen, oder dem Inhaber dazu die Vollmacht ertheilen. So wie also der bloße Inhaber nur im fremden Nahmen sich wegen der Störung seiner Detention eines Rechtsmittels bedienen kann; so muß es auch wahr seyn, daß er nur im fremden Nahmen inne habe: oder so wie die Lage des Inhabers durch eine Störung seiner Detention nicht als verletzt erscheint, sondern nur die des wirklichen Besitzers; so muß es als folgerichtig anerkannt werden, daß der bloße Inhaber nicht in seinem, sondern nur in des Besitzers Nahmen inne habe.

Die Rechtsgeschäfte, bey welchen nur die Inhabung übertragen wird, sind folgende: 1) der Vertrag über die Ausübung des Besitzes für einen Andern, *procuratio possessionis exer-*

i) fr. 18. pr. D. *h. t.*

cendae causa k), 2) der Pacht- und Miethvertrag l), 3) der Leihvertrag m), 4) die gerichtliche Einweisung in fremde Güter (*missio in possessionem* n), 5) die Überlassung des Nießbrauches, des Gebrauches, des Wohnungs- und des Bodenrechtes o), 6) der Hinterlegungsvertrag p) (vergl. auch die Note f dieses Paragr. am Ende).

Den Willen zu besitzen können alle haben, die sich des Verstandesgebrauches erfreuen; ausgeschlossen sind daher die Rasenden q), die moralischen Personen r) und die Kinder s). Ein Unmündiger, welcher die Kindheit überschritt, kann mittelst des

---

k) fr. 1. §. 22. D. XLIII. 16. *de vi.* „Quod procurator *tenet* — — — dominus creditur *possidere*."

l) fr. 6. §. 2. D. XLIII. 26. *de precar.* „Colonus et inquilinus sunt in praedio, et tamen *non possident*."

m) fr. 8. D. XIII. 6. Rei commodatae et *possessionem* et proprietatem retinemus."

n) fr. 3. §. 23. D. *h. t.* „Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando jussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est, nam qui creditorem in possessionem mittit, non possessionem, sed custodiam concedit." Wer aber mittelst eines zweyten Decretes in fremde Güter eingewiesen wird, erhält den wirklichen Besitz, fr. 7. pr. fr. 15. §. 16. 17. 19. D. XXXIX. 2. *de damno infecto.*

o) fr. 6. §. 2. D. XLIII. 26. „Et fructuarius et colonus — — — sunt in praedio, et tamen *non possident*". — fr. 12. pr. fr. 52. pr. D. *h. t.* Was von dem Nießbrauche gilt, muß um so mehr von dem Gebrauche und von dem Wohnungsrechte gelten; was das Bodenrecht betrifft, so hat der Superficiar keineswegs das aus dem Besitze fließende interdictum uti possidetis, welches er doch haben müßte, wenn er wirklicher Besitzer wäre, sondern im Gegentheile steht dieses Interdict dem Eigenthümer des Bodens zu, und zum Schutze des Superficiars hat der Prätor ein besonderes Interdict zugestanden, fr. 3. §. 7. D. XLIII. 17. *uti possidetis.* Übrigens sind diejenigen, welchen der Nießbrauch, der Gebrauch, das Wohnungs- und Bodenrecht zusteht, quasi Besitzer ihres Rechtes (§. 193). Doch schreiben Mehrere auch dem Superficiar das Besitzrecht an der superficies zu, wie z. B. Unterholzner Verjähr. II. S. 245, Buchholtz in s. Vers. I. S. 86.

p) fr. 3 §. 20. D. *h. t.* (XLI. 2.)

q) fr. 1. §. 3. fr. 18. §. 1. D. *h. t.*

r) fr. 1. §. 22. D. *h. t.*

s) Wie sie durch Andere den Besitz erwerben können, wird im nachfolgenden Paragr. erklärt werden.

Digitized by Google

Vollwortes des Tutors, ja auch ganz allein den Besitz erwerben, wenn er schon hinlänglichen Verstand hat, um diesen Act zu begreifen t). Doch ist des besonderen Nutzens wegen später der Grundsatz angenommen worden, daß auch Kinder mittelst des Vollwortes des Tutors den Besitz erwerben können u).

§. 187.

Von der Erwerbung des Besitzes durch Andere.

Zur Erwerbung des Besitzes durch Andere wird erfordert: I. ein wechselseitiges Verhältniß zwischen dem, der den Besitz erwerben will, und jenem, durch welchen er erworben werden soll, welches 1) Statt hat, wenn derjenige, der für uns den Besitz erwerben soll, unserer Gewalt unterworfen ist, wie die Haussöhne und Sclaven a), oder 2) wenn das Verhältniß der Tutel oder Curatel Statt hat; daher erwerben die Mündel durch ihren Vormund, die Curanden, sie mögen physische oder moralische Personen seyn, durch ihren Curator den Besitz b), oder 3) wenn ein Bevollmächtigungsvertrag eintritt, was sich ebenfalls auf moralische Personen, die einen Bevollmächtigten haben, bezieht c). II. Derjenige, durch welchen wir den Besitz erwerben wollen, muß die Besitzergreifung (*factum apprehensionis*) eben so vornehmen, als wenn er für sich selbst den Besitz erwerben wollte; auch muß er die Absicht haben, den Besitz nicht für sich, sondern für den Andern zu erwerben; denn hätte er die entgegengesetzte

t) fr. 1. §. 3. D. *h. t.*

u) fr. 32. §. 2. D. *h. t* — c. 3. C. *h. t.* (VII. 32). Vergl. Savigny §. 22., und Puchta im Rh. Mus. V. 1. N. 3., welcher Letztere, der Natur des Vollwortes gemäß, hier solche Kinder versteht, welche zwar noch nicht einer festen Willensrichtung, aber doch überhaupt des Willens fähig sind, mit Ausnahme also der erst gebornen, oder der säugenden Kinder.

a) fr. 1. §. 5. 6. D. *h. t.* (XLI. 2).

b) fr. 11. §. 6. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 1. §. 20. D. *h. t.*

c) fr. 41. D. XLI. 3. — c. 1. C. VII. 32. — fr. 7. §. 3. D. X. 4. *ad exhib.* — fr. 1. §. 22. fr. 2. D. *h. t.*

Digitized by Google

Absicht, so würde auch er selbst Besitzer werden d). Nur in einem einzigen Falle würde ungeachtet dieser Absicht, für sich selbst den Besitz zu erwerben, der Andere Besitzer werden, wenn nähmlich der Übergeber von dem Bevollmächtigungsverhältnisse Kenntniß hat, und den Besitz nicht auf den Bevollmächtigten, sondern auf den Vollmachtgeber zu übertragen gesonnen ist e). III. Muß auch derjenige, der den Besitz erwerben will, die Absicht haben, denselben an sich zu bringen, denn für Einen, der nichts davon weiß, kann der Besitz nicht erworben werden (*ignoranti possessio non adquiritur*) f); daran liegt aber nichts, wenn ihm die Thatsache der Erwerbung selbst noch unbekannt ist (*ignoranti possessio adquiritur*) g), denn diese letztere Unwissenheit hindert nur, daß er die Ersitzung nicht anfangen kann h).

Noch müssen wir von einem besonderen Falle der Besitzerwerbung durch einen Andern Erwähnung machen i). Es kann nähmlich geschehen, daß wir durch die bloße Willensänderung eines Andern zu besitzen anfangen; denn sobald Jemand den wirklichen Besitz einer Sache auf uns übertragen, die Inhabung derselben aber für sich behalten will, werden wir in dem Augenblicke Besitzer, als jener mit unserer Zustimmung den Besitz

---

d) fr. 1. §. 19. 20. D. *h. t.* Daraus folgt zugleich, daß wir durch verstandesberaubte Personen den Besitz nicht erwerben können, fr. 1. §. 9. 10. D. *h. t.*

e) fr. 13. D. XXXIX. 5. *de donat.* Nicht entgegen ist fr. 37. §. 6. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.* denn dieses Fragment ist historisch vom älteren Rechte zu verstehen, Savigny §. 26.

f) fr. 42. §. 1. D. *h. t.* Ausnahmen von dieser Regel kommen bey der Erwerbung des Besitzes 1) durch Sclaven, fr. 3. §. 12. fr. 44. §. 1. D. *h. t.*, oder Haussöhne, fr. 1. §. 45. fr. D. *h. t.* 2) durch Vormünder oder Curatoren im Nahmen der Kinder oder Verstandeslosen, fr. 13. §. 1. D. XLI. 1. — c. 3. C. VII. 32. und 3) durch Procuratoren für Gemeinheiten vor, fr. 1. §. 22. fr. 2. D. *h. t.*

g) §. 5. J. II. 9. *per quas personas nobis adquir.* — fr. 13. pr. fr. 53. D. XLI. 1.

h) fr. 49. §. 2. D. *h. t.* — c. 1. C. VII. 32.

i) Savigny §. 27.

Digitized by Google

für uns auszuüben gesonnen ist k). Eine solche Übereinkunft nennen die Neuern *constitutum possessorium*, welche wohl nicht vorausgesetzt wird l), aber aus einer stillschweigenden Einwilligung bey der allgemeinen Gütergemeinschaft m), und auch dann anzunehmen ist, wenn der bisherige Eigenthümer oder Besitzer mit dem neuen Besitzer ein solches Geschäft abschließt, aus welchem jener nur zur Innehabung berechtiget wird, wie z. B. wenn Jemand sein Haus verkauft, es aber zugleich miethet, oder sich davon den Nießbrauch bedingt n) (§. 186. II).

§. 188.

Von dem Verluste des Besitzes im Allgemeinen.

Zur Erhaltung des einmahl erworbenen Besitzes ist keineswegs die stete Fortsetzung desjenigen erforderlich, was zur Erwerbung nothwendig ist; es braucht daher der Besitzer weder beständig die Sache in seiner Macht, noch auch immer den *animus possidendi* zu haben, denn nur dann wird der Besitz verloren, wenn eine der Erwerbung entgegengesetzte a) Bedingung eintritt, d. i. wenn der Besitzer den Willen zu besitzen ganz aufgibt, oder wenn er die Inhabung der Sache so verliert, daß es ihm nun unmöglich ist, weiter über dieselbe zu verfügen. Daher kann der Besitz entweder körperlich, oder durch den Willen, oder auf beyde Arten zugleich verloren werden b). Wir

k) fr. 18. pr. D. *h. t.*
l) fr. 1. §. 2. D. XVIII. 6. *de peric. et commod. rei vend.*
m) fr. 1. §. 1. fr. 2. D. XVII. 2. *pro socio.*
n) fr. 77. pr. D. VI. 1. *de rei vind.* — c. 28. c. 35. §. 5. C. VIII. 54. *de donat.*
a) fr. 3. §. 6. 13. 17. D. *h. t.* (XLI. 2.)
b) fr. 44. §. 2. D. *h. t.* Das Nähmliche wird auch in fr. 8. D. *h. t.* und fr. 153. D. L. 17. *de reg. jur.* bey richtiger Interpretation ausgesagt. Savigny zeigte im §. 30. s. Werk. sowohl aus dem Contexte als aus Parallelstellen, daß utrumque nichts anders bedeute, als alterutrum. Vergl. fr. 10. §. 13. D. XXXVIII. 10. *de grad. et affin.* — fr. 16. D. *de legat.* II. — c. 8. §. 5. ab initio C. VI. 61. *de bonis, quae lib.* Vergl. auch Mackeldey §. 225.

Digitized by Google

wollen davon nun abgesondert handeln, und nur noch bemerken, daß, nach allgemeinen Grundsätzen c) der Besitz auch dann verloren geht, wenn Jemand des Besitzes unfähig wird, oder die Sache nach den Gesetzen nicht mehr besessen werden kann.

§. 189.

Verlust des Besitzes durch den Willen.

Durch den Willen hören wir in dem Augenblicke zu besitzen auf, als wir die Absicht haben, den Besitz aufzugeben, wenn auch die Sache vielleicht noch in unserer physischen Gewalt bleibt a). Diese Absicht kann nicht nur durch Worte erklärt, sondern auch aus Thatsachen geschlossen werden, wie z. B. bey dem *constitutum possessorium* (§. 187. am Ende), oder durch Vernachlässigung eines Grundstückes ohne Noth durch mehrere Jahre b). Von demjenigen aber, der die Eigenthumsklage anstrengt, da er doch das *interdictum uti possidetis* (§. 194) hätte gebrauchen können, darf nicht vermuthet werden, daß er den Besitz aufgeben wolle, denn jene Klage hat auch gegen den Inhaber Statt c). Aus dem Gesagten erhellet, daß diejenigen, welche den gehörigen Verstandesgebrauch nicht haben, wie die Rasenden d) und Unmündigen e), durch den Willen ihren Besitz nicht verlieren können.

§. 190.

Wie der Besitz körperlich verloren wird a).

Körperlich *(corpore)* wird der Besitz verloren, wenn die physische Fähigkeit, auf die Sache zu wirken, auf was immer

c) Z. B. fr. 30. §. 1. 3. D. *h. t.*
a) fr. 3. §. 6. fr. 17. §. 1. fr. 30. §. 4. D. *h. t.* (XLI. 2.)
b) §. 7. J. II. 6. *de usucap.* — fr. 37. §. 1. D. XLI. 3. *de usurp.* vergl. mit c. 4. C. *h. t.* (VII. 32.)
c) fr. 12. §. 1. D. *h. t.*
d) fr. 27. D. *h. t.*
e) fr. 29. D. *h. t.* Savigny §. 32.
a) Savigny §. 31.

Digitized by Google

für eine Weise gänzlich aufhört b), was auf sehr verschiedene Art geschehen kann. So verlieren wir I. den Besitz beweglicher Sachen: 1) wenn die Sache entweder wirklich c) zu Grunde geht, oder doch juridisch, z. B. wenn sie außer Verkehr gesetzt, oder durch Specification zu einer andern Sache wird d); 2) wenn uns Jemand die Sache entreißt e); 3) wenn wir sie so verloren haben, daß wir nicht wissen, wo sie ist f); 4) wenn sie in das Meer oder in andere unzugängliche Orte fiel g); 5) insbesondere verlieren wir den Besitz zahmer Thiere, wenn sie sich verirrten h), wilder, wenn sie aus unserer Verwahrung entkamen i), und zahmgemachter Thiere, wenn sie nicht mehr zurückkehren k). II. Der Besitz von unbeweglichen Sachen wird verloren: 1) wenn ein öffentlicher Fluß ihre Stelle einnimmt l), 2) wenn der Besitzer mit Gewalt daraus vertrieben wird m), oder wenn er 3) aus Furcht den Grund verläßt n). Dadurch

---

b) Daher hört auch jeder Besitz durch den Tod auf, denn gehen auch alle Rechte des Verstorbenen auf die Erben über; so erlangen sie doch nicht früher den Besitz der Erbschaftssachen, als bis sie die Thathandlung der Besitzergreifung vornehmen, fr. 23. pr. D. *h. t.* Vergl. §. 299. N. 1.

c) fr. 30. §. 3. D. *h. t.*

d) fr. 30. §. 4. D. *h. t.*

e) fr. 15. D. *h. t.*

f) fr. 3. §. 13. fr. 25. pr. fr. 47. D. *h. t.* Wenn aber die Sache, die wir nicht finden können, in unserer Verwahrung ist, z. B. es ist etwas in unserem Hause verlegt; so verlieren wir den Besitz davon keineswegs, fr. 44. pr. fr. 3. §. 13. D. *h. t.*

g) fr. 3. §. 17. fr. 13. pr. D. *h. t.*

h) fr. 3. §. 13. D. *h. t.*

i) fr. 3. §. 2. fr. 5. pr. D. XLI. 2. *de adquir. rer. dom.*

k) fr. 3. §. 15. 16. D. *h. t.* — fr. 4. fr. 5. §. 4. 5. D. XLI. 1.

l) fr. 30. §. 3. D. *h. t.*

m) Gewalt findet Statt, wenn uns Jemand hindert, unsern Grund zu betreten, fr. 1. §. 24. D. XLIII. 16. *de vi.*, oder wenn wir gewaltsam daraus vertrieben werden, fr. 4. §. 22. D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.*, oder endlich, wenn uns Jemand auf unserem Grunde in Bande schlägt, fr. 1. §. 47. D. XLIII. 16.

n) Wer aus Furcht flieht, verliert zwar den Besitz, aber man kann nicht immer sagen, daß er durch Gewalt denselben verlor, fr. 9. pr. D. IV. 2. *quod metus causa.* — fr. 1. §. 29. fr. 3. §. 6. 7.

Digitized by Google

allein aber, daß Jemand während unserer Abwesenheit sich unserer unbeweglichen Sache bemächtigte, verlieren wir den Besitz derselben noch nicht, sondern erst dann, wenn wir diese Besitzergreifung erfahren und selbe dulden o); unbewegliche Sachen können also durch den bloßen Willen im Besitze erhalten werden p), woraus zugleich erhellet, daß die Verstandeslosen durch sich allein den Besitz unbeweglicher Sachen nicht nur nicht durch den Willen, sondern auch nicht einmahl körperlich verlieren können, da sie nicht zur Kenntniß der von jemanden Andern geschehenen Besitzergreifung zu gelangen im Stande sind q).

§. 191.

Wie der Besitz sowohl körperlich, als auch durch den Willen zugleich verloren gehe.

Körperlich und durch den Willen zugleich wird der Besitz verloren, wenn der Besitzer die Sache Jemanden in der Absicht übergibt, daß dieser dieselbe im eigenen Nahmen inne haben könne a). Wenn dabey der frühere Besitzer ein solches Geschäft eingeht, daß er noch Inhaber bleibt; so hat das sogenannte *constitutum possessorium* Statt b) (§. 187. am Ende). Ferner wird der Besitz sowohl körperlich, als durch den Willen zugleich verloren, wenn der des Willens fähige Besitzer die Sache derelinquirt.

D. XLIII. 16. *de vi.* — fr. 5. fr. 33. §. 1. D. XLI. 3. — Savigny §. 51. — Zimmern über das Verlassen des Besitzes aus Furcht in den Römisch-rechtlichen Untersuchungen von Neustetel und Zimmern. Heidelberg 1821, S. 134.

o) fr. 3. §. 7. 8. fr. 6. §. 1. fr. 7. fr. 25. §. 2. fr. 46. D. *h. t.*

p) fr. 3. §. 11. D. *h. t.* — fr. 1. §. 25. D. XLIII. 16. *de vi.* Daher sagt man mit Recht, daß es keine heimliche Besitzergreifung unbeweglicher Sachen gebe.

q) fr. 27. D. *h. t.* Wie diese Personen durch Andere den Besitz verlieren können, wird im 192. Paragr. erklärt werden.

a) fr. 33. fr. 18. §. 2. D. *h. t.* (XLI. 2.)

b) fr. 18. pr. D. *h. t.*

Digitized by Google

§. 192.

Von dem Verluste des Besitzes, den wir durch einen Bevollmächtigten ausüben.

Wenn wir den Besitz durch einen Bevollmächtigten ausüben, so können wir wohl durch unsern Willen, aber keineswegs durch eine, unsere physische Dispositionsfähigkeit hemmende Thathandlung (*corpore nostro*) den Besitz verlieren; daher schadet es keineswegs, wenn wir selbst von der Sache vertrieben werden, wenn nur derjenige, dessen Dienste wir uns bedienen, nicht vertrieben wurde a). Sobald aber überhaupt der Besitz nach jenen Grundsätzen, die wir in den früheren Paragraphen (§. 188—192.) anführten, verloren geht; so hilft es uns nicht, daß wir durch einen Bevollmächtigten den Besitz ausüben, wir verlieren daher denselben, wenn z. B. unser Bevollmächtigter die Sache verlor, wenn sie ihm entwendet wurde, wenn man ihn von unserem Grunde vertrieb b), wenn die Sache außer Verkehr gesetzt wurde und dergl. Mit besonderer Rücksicht auf das, daß wir zur Ausübung unseres Besitzes einen Bevollmächtigten haben, verlieren wir denselben 1), wenn derjenige, der für uns besaß, nun die Absicht faßte, selbst Besitzer zu seyn c), und diese Absicht durch irgend eine äußere Handlung kund that; denn da nach unserem Rechte die Regel gilt, daß Niemand durch den bloßen Willen den Grund seines Besitzes ändern könne d); so wird bey einer beweglichen Sache noch erfordert, daß der

a) fr. 1. §. 45. D. XLIII. 16. *de vi.* Auch schadet es nicht, wenn unser Bevollmächtigter seine Inhabung auf einen Andern, z. B. mittelst des Leih- oder Miethcontractes übertrug, fr. 30. §. 6. D. *h. t.*

b) Es ist gleichgültig, ob diese Vertreibung zu unserer Kenntniß gelangte oder nicht, fr. 44. §. 2. D. *h. t.* (XLI. 2.) — fr. 1. §. 22. D. XLIII. 16. *de vi.*

c) Der Besitz wird aber nicht verloren, wenn unser Procurator die Absicht hat, für Jemanden Andern zu besitzen, fr. 32. §. 1. D. *h. t.*

d) fr. 3. §. 19. fr. 19. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

Bevollmächtigte einen Diebſtahl daran beging e), und bey einer unbeweglichen, daß die Untreue des Procurators zur Kenntniß des Vollmachtgebers gelangte (§. 190. Note o); 2) wenn der Bevollmächtigte die Sache auf eine geſetzmäßige Weiſe auf jemanden Andern übertrug, z. B. der Vormund für den Mündel, der Curator für einen Raſenden (§. 166.); 3) wenn er die Sache verließ, oder Jemanden verrieth, daß dieſer ſie erwerben könne, verlieren wir dadurch nicht ſogleich den Beſitz, ſondern erſt dann, wenn ſie ſchon wirklich von einem Andern ergriffen wurde, woraus zugleich folgt, daß wir körperlich auch dann den Beſitz verlieren, wenn der Procurator denſelben auf betrügeriſche Weiſe an einen Dritten übertrug f). Keineswegs wird

e) fr. 3. §. 18. D. *h. t.* — fr. 1. §. 2. — fr. 67. pr. D. XLVII. 2. *de furtis.* — fr. 47. D. *h. t.* ſcheinet entgegen zu ſtehen, allein in dieſem Fragmente ſtellt Papinian nur die entgegengeſetzte Meinung der Pegaſianer ſammt ihren Gründen dar „cujus rei forsitan illa ratio est," ohne daß er dieſelbe für die richtige erklärte. Savigny §. 33. — Wenn jedoch unſer Procurator nicht in der Abſicht, die Sache für ſich zu behalten, ſondern aus einer anderen Urſache, uns dieſelbe nicht zurückgibt; ſo verlieren wir den Beſitz derſelben keineswegs, fr. 20. D. *h. t.*

f) fr. 40. §. 1. D. *h. t.* — fr. 44. §. 2. D. *h. t.* — fr. 33. §. 4. D. XLI. 3. *de usurp.* „Qui pignori dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est: *si creditor possessionem ejus alii tradiderit, interpellabitur usucapio.*" Auch fr. 3. §. 9. D. *h. t.* gehört hieher, wenn die Leſeart richtig iſt: et si alii tradiderint. Savigny §. 33. B. lieſt: et si alii tradiderim, und äußert, daß dieſe Stelle mit den drey früheren im Widerſpruche ſey, welchen Widerſpruch Juſtinian durch die c. 12. C. *h. t.* (VII. 32.) mit folgenden Worten entſchieden habe: „Definimus, ut sive servus, sive procurator . . . . corporaliter nactam possessionem dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicium generetur." Woraus jener berühmte Schriftſteller ſchließt, daß eine betrügeriſche Übergabe von Seite des Procurators an einen Dritten dem Eigenthümer nicht ſchade. Aber wenn das Wort prodiderit das Nähmliche bedeutete, wie tradiderit; ſo würde ſich der nachfolgende Satz: «ut locus aperiatur alteri, eandem possessionem detinere» mit dem früheren ſchwer vereinigen laſſen. Ferner iſt nicht abzuſehen, warum die Compilatoren der Pandecten in mehreren Stellen ſo beſtimmt die entgegengeſetzte Meinung dargeſtellt haben, da ſie doch nach Savignys Meinung wiſſen mußten, daß ſie der Entſcheidung Juſtinians

Digitized by Google

aber der Besitz verloren, wenn der Bevollmächtigte starb, oder rasend wurde g).

§. 193.

Quasi-Besitz von Rechten a).

Da sich nur körperliche Sachen im Besitze befinden können b), so gibt es keinen eigentlichen Besitz unkörperlicher Sachen; beym Bodenrechte und bey den Dienstbarkeiten hat aber eine Ausnahme Statt, was man *quasi* Besitz (*jurium quasi possessio*) c) nennt, zu dessen Erlangung ebenfalls eine äußere Thathandlung und der gehörige Wille (*factum et animus*) nothwendig ist. Was den Willen betrifft, so ist dieser ganz der nähmliche, wie beym wirklichen Besitze, auch die äußere Thathandlung ist bey dem Bodenrechte (§. 232.) und bey den persönlichen Dienstbarkeiten (§. 280.) dieselbe, wie bey dem eigentlichen Besitze, weil wir diese Rechte gar nicht ausüben können, wenn wir uns nicht in der Inhabung jener Sachen befinden, an welchen uns jene Rechte zustehen. Anders verhält es sich bey den dinglichen Dienstbarkeiten; doch dürfte es passender seyn, von dem Erwerbe und dem Verluste des *quasi* Besitzes derselben dort zu handeln, wo wir die Lehre von den Dienstbarkeiten selbst erklären werden.

---

entgegen ist, während sie in anderen ähnlichen Fällen die ältere Lehre nur historisch anführten? Endlich scheint auch unsere Behauptung den allgemeinen Grundsätzen vom Verluste des Besitzes mehr zu entsprechen, als die gegentheilige. Weitläufiger handelt hievon Hufeland im II. Theile seiner Abhandlungen, Gießen 1816, S. 168—176. Ihm folgt auch v. Wening I. §. 180. am Ende.

g) fr. 60. §. 1. D. XIX. 2. *locati conducti.* — fr. 3. §. 8. fr. 25. §. 1. fr. 40. §. 1. D. *h. t.* — fr. 31. §. 3. D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.*

a) Carl Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen oder sogenannter Gerechtigkeiten, und die für den Schutz derselben angeordneten possessorischen Rechtsmittel. Leipzig 1826.

b) fr. 3. pr. D. *h. t.* (XLI. 2.) — fr. 4. §. 27. D. XLI. 3. *de usurp.*

c) fr. 10. pr. D. VIII. 5. *si serv. vind.* — fr. 23. §. 2. D. IV. 6. *ex quibus causis major.* — fr. 2. §. 3. D. XLIII. 26. *de precario.* — c. 10. C. VII. 32.

Digitized by Google

§. 194.

Wirkungen des Beſitzes.

Interdicte zur Erhaltung des Beſitzes a).

Wir haben ſchon bemerkt (§. 181. Not. g.), daß zu den Beſitzrechten eigentlich nur die Interdicte und die Erſitzung gehören. Da von der Erſitzung unten in der Lehre von der Erwerbung des Eigenthumes gehandelt werden wird, ſo haben wir hier nur die Interdicte ſowohl zur Erhaltung als zur Wiedererlangung des Beſitzes zu betrachten. Der Interdicte zur Erhaltung des Beſitzes bedienen wir uns, wenn unſer Beſitz durch Gewalt geſtört, aber nicht gänzlich aufgehoben wurde, und zwar in der Abſicht, daß unſer Gegner von der Störung ablaſſe, und den uns verurſachten Schaden erſetze. Unter Gewalt verſteht man hier überhaupt Alles, was ein Anderer gegen unſern Willen that, er möge uns nun entweder im Gebrauche unſerer Sache gehindert, oder ſelbſt etwas gethan haben, was nur der Beſitzer thun darf b). Dieſe Interdicte ſind *uti possidetis* c) und *utrubi* d). Das erſtere wird bey unbeweglichen, letzteres bey beweglichen Sachen angewendet e). Dieſe Interdicte werden zweyfache (*duplicia*) genannt, weil bey denſelben die Lage beyder Streittheile gleich iſt, und keiner vorzugsweiſe als Kläger oder Beklagter gilt, ſondern jeder gewiſſermaßen beydes zugleich iſt f). Ob der Beſitz hinſichtlich Anderer rechtmäßig, oder unrechtmäßig ſey, iſt gleich-

a) §. 4. J. IV. 15. *de interdictis.* — D. XLIII. 17. *uti possidetis.* — C. VIII. 6. *uti possid.*

b) fr. 1. §. 5—8. fr. 20. pr. §. 1. D. XLIII. 24. *quod vi aut clam.* — fr. 73. §. 2. D. L. 17. *de reg. jur.* — fr. 11. D. XLIII. 16. *de vi.*

c) fr. 1. pr. D. XLIII. 17. *uti possid.* «Ait Praetor: *Uti* eas aedes, de quibus agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero *possidetis*, quominus ita possideatis, vim fieri veto.»

d) fr. 1. pr. §. 1. D. XLIII. 31. *utrubi.* «Praetor ait: *Utrubi* hic homo, de quo agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.»

e) §. 4. J. IV. 15. *de interdictis.*

f) §. 7. J. IV. 15. Woraus folgt, daß auch derjenige, welcher klagt, als Störer fremden Beſitzes verurtheilt werden könne.

Digitized by Google

gültig g); wenn aber der Kläger in Beziehung auf den Beklagten heimlich, gewaltsam oder bittweise zu besitzen anfing; so ist der Kläger zu verurtheilen, und nicht der Beklagte h). Nach einem Jahre kann man mittelst des Interdictes *uti possidetis* nicht mehr auf Schadenersatz klagen i), außer es wäre der Beklagte durch seine Störung reicher geworden k). Daß man aber auch mit dem *interdictum utrubi* nach einem Jahre nicht mehr gehört werden soll, ist nirgends vorgeschrieben. Vermöge der Analogie kann man sich dieser Interdicte auch zur Vertheidigung des *quasi* Besitzes der Rechte bedienen l).

§. 195.

Interdicte zur Wiedererlangung des Besitzes a).

Mittelst der Interdicte zur Wiedererlangung des Besitzes fordern wir den verlornen Besitz von demjenigen zurück, welcher eine Sache entweder gewaltsam, heimlich oder durch Mißbrauch des Bittleihens besitzt, weßhalb sie auch dreyfacher Gattung sind. Das erste ist das *interdictum de vi*, welches demjenigen zusteht, der zur Zeit der angewendeten Gewalt eine unbewegliche b) Sache in seinem Besitze hatte, wie auch dem Erben des-

g) fr. 2. D. XLIII. 17. *uti possidetis.*
h) §. 4. in fin. J. IV. 15. — fr. 1. §. 9. D. XLIII. 17.
i) fr. 1. pr. D. XLIII. 17.
k) fr. 4. D. XLIII. 1. *de interdictis.*
l) fr. 4. D. XLIII. 17. Zur Vertheidigung einiger Rechte sind besondere Interdicte festgesetzt, wie das interdictum de superficiebus (§. 233.), de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte (§. 298.) de cloacis (§. 297. N. b.).
a) §. 6. J. IV. 15. *de interdictis.* — D. XLIII. 16. *de vi.* — C. VIII. 4. *unde vi.* et 5. *si per vim.* — Savigny §. 40—43.
b) Anfänglich war dieses Interdict ohne Zweifel nur zur Wiedererlangung des Besitzes unbeweglicher Sachen eingeführt, fr. 1. §. 3. 6. 8. D. XLIII. 16. Savigny behauptet im 40. Paragr. seines Werkes mit mehreren Anderen, daß es durch die c. 7. C. VIII. 4. auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt wurde. Aber in jener Verordnung werden nur die Strafen derjenigen, welche sich gewaltsam fremden Besitz unbeweglicher sowohl als beweglicher Sachen zueigneten, festgesetzt, ohne daß man deßhalb sagen könn-

Digitized by Google

ſelben c), und es iſt gleichgültig, ob der Beſitz des Verdrängten rechtmäßig war, oder nicht, ſo daß nach neuerem Rechte das Interdict auch dann Statt hat, wenn der Verdrängte hinſichtlich ſeines Gegners gewaltſam, heimlich oder durch Mißbrauch des Bittleihens im Beſitze war d). Es geht gegen denjenigen, der entweder unmittelbar, oder mittelbar durch Andere Gewalt anwendete e); der Erbe iſt nur zur Zurückſtellung deſſen, was auf ihn kam f), und ein Singular-Nachfolger iſt gar nicht verpflichtet g). Der Zweck des Interdictes iſt, daß der Beſitz zurückgeſtellt, und jeder durch die Verdrängung zugefügte Schade erſtattet werde h). Hat alſo derjenige, welcher Gewalt anwendet, den Beſitz wieder verloren, ſo wird er zum vollen Intereſſe des Verletzten verurtheilt i). Das Interdict muß binnen einem Jahre angeſtrengt werden, ſpäter geht es nur auf das, um was der Gegner reicher wurde k); aber auch dann erliſcht es nicht nach einem Jahre, wenn während der Abweſenheit des Beſitzers diejenigen mit Gewalt verdrängt wurden, durch welche er den Beſitz ausübte l). Vermöge der Analogie kann dieſes Interdict auch zur Wiedererlangung des *quasi* Beſitzes der Rechte angewendet werden m). Das zweyte iſt das *interdictum de clandestina possessione*, welches gegen denjeni-

---

te, daß das ältere Recht hinſichtlich jenes Interdictes umgeändert worden ſey. Vergl. Thibaut im Archiv für C. Prax. I. 1. S. 105—111. Iſt alſo Jemanden der Beſitz beweglicher Sachen gewaltſam entriſſen worden, ſo muß er ſich nach Umſtänden der condictio furtiva, der actio vi bonorum raptorum, oder der actio ad exhibendum bedienen, fr. 1. §. 6. D. XLIII. 16. *de vi.*

c) fr. 1. §. 30. fr. 1. §. 44. D. XLIII. 16. — fr. 1. §. 9. 23. D. *eod.*

d) §. 6. J. IV. 15. *de interdictis.*

e) fr. 1. §. 12. 15. fr. 3. §. 10—12. D. XLIII. 16.

f) fr. 1. §. 48. fr. 3. pr fr. 9. pr. D. XLIII. 16.

g) fr. 3. §. 10. D. XLIII. 17. *uti possid.*

h) fr. 1. §. 31. D. XLIII. 16

i) fr. 1. §. 42. fr. 15. D. XLIII. 16.

k) fr. 1. pr. D XLIII. 16.

l) c. 1. C. VIII. 5. *si per vim.*

m) fr. 3. §. 15. D. XLIII. 16. Vergl. §. 297. Not. a.

Digitized by Google

gen Statt hat, der sich ohne unser Wissen unserer unbeweglichen Sachen bemächtigte n). Aber nach dem neueren Rechte ist dieses Interdict außer Gebrauch, weil ohne Wissen des frühern Besitzers die Besitzergreifung einer unbeweglichen Sache nicht geschehen kann o). Das dritte Interdict ist endlich *de precario*, wodurch wir den Besitz unserer beweglichen sowohl als unbeweglichen Sache begehren, die ein Anderer bittweise erhielt, und nun gegen unsern Willen zurückbehält, ferner können wir durch dasselbe zugleich die Erstattung des uns zugefügten Schadens fordern p).

II. Hauptstück.

Vom Eigenthume.

Erster Titel.

Begriff und Eintheilung des Eigenthumes.

§. 196.

Von dem Eigenthume und den in demselben enthaltenen Rechten im Allgemeinen.

Das Eigenthum (*dominium*) a) im strengen Sinne b) ist das Recht, über eine körperliche Sache c) auf das vollstän-

n) fr. 7. §. 5. D. X. 3. *communi divid.*
o) D. XLIII. 26. *de precario.* — C. VIII. 9. *eod.*
p) fr. 2. pr. §. 1. 2. fr. 4. pr. fr. 8. §. 3. 4. 6. 8. fr. 15. pr. D. XLIII. 26. — c. 2. C. VIII. 9. Dieses Interdict hat auch nach einem Jahre Statt, fr. 8. §. 7. D. XLIII. 26.
a) F. C. Gesterding die Lehre vom Eigenthum. Greifswalde 1817. Auch K. T. Pütter nimmt in seiner Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten, Berlin 1831, im II. Abschn. auf das R. Recht Rücksicht.
b) Im weiteren Sinne wird jedes dingliche Recht dominium genannt, fr. 3. D. VII. 6. *si usufructus pet.* — fr. 48. pr. D. XXVIII. 5. *de hered. instit.* — fr. 8. pr. D. XLII. 5. *de rebus auct. jud.*
c) Von unkörperlichen Sachen gibt es kein Eigenthum, aber man nimmt an, daß sie sich im Vermögen (in bonis) des quasi Besitzers befinden, fr. 49. D. L. 16. *de verb. sign.*

Digitized by Google

digſte verfügen zu können, wenn nicht durch das Geſetz, oder den Willen des Berechtigten eine Ausnahme Statt hat. Die in dem Eigenthume enthaltenen Rechte können am füglichſten auf zwey Claſſen zurückgeführt werden d), nähmlich 1) auf das Recht, über eine Sache nach Willkühr zu verfügen, und 2) Jedermann davon auszuſchließen. Zu 1) gehört: α) die Fähigkeit, über die Subſtanz der Sache zu verfügen, ſie beliebig zu verändern, zu verzehren oder zu zerſtören e); β) ſie ganz oder zum Theile zu veräußern f); γ) die Früchte und alle übrigen Vortheile daraus zu beziehen g). Zu 2) gehört das Recht, die Sache zu beſitzen, ſie von jedem Andern zu vindiciren h), und überhaupt jede Störung oder Beſchränkung unſerer Willkühr bey Ausübung des Eigenthumsrechtes zurückzuweiſen i).

§. 197.

Von dem Eigenthume unbeweglicher Güter insbeſondere, und von den Beſchränkungen deſſelben.

Das Eigenthum, das wir über einen Grund haben, iſt ſehr weit ausgedehnt, denn nicht nur die Oberfläche des Grundes, und was darauf gebaut iſt, gehört unſer, ſondern auch dasjenige, was unter der Erde iſt a), z. B. Steine und Metalle,

d) Die Eintheilung in das Dispoſitions- und das Benützungsrecht verwirft Löhr im Mag. für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, III. B. S. 483.

e) fr. 25. §. 11. D. V. 3. *de hered. pet.* Vergleiche aber fr. 52. D. XVIII. 1. *de contr. emt.* — c. 2. 6. 7. C. VIII. 10. *de aedif. priv.*

f) c. 1. C. V. 23. *de fundo dotali.* — c. 7. C. IV. 51. *de reb. alien. non alienand.*

g) fr. 1. fr. 3. §. 2. D. VII. 1. *de usufruct.* — fr. 24. §. 12. D. XXXIX. 2. *de damno infecto.* Daher ſagen die Neuern, daß im Eigenthume der ususfructus causalis und im Nießbrauche der ususfructus formalis enthalten ſey.

h) fr. 8. 9. 27. D. VI. 1. *de rei vind.*

i) fr. 2. §. 1. D. VIII. 5. *si servit. vindic.*

a) fr. 13. §. 1. D. VIII. 4. *communia praed. tam. urb.* — fr. 7. §. 13. 14. D. XXIV. 3. *solut. matr.* Mit Ausnahme eines Schatzes, der in Niemands Eigenthume iſt, fr. 3. §. 3. D. XLI. 2. *de adquir. vel omitt. poss.*

Digitized by Google

so wie der Luftraum ober dem Grunde b). Doch ist das Eigenthum an unbeweglichen Sachen durch das Gesetz aus Billigkeits-Rücksichten für die Nachbarn auf mancherley Weise beschränkt c), was entweder so geschieht, daß der Eigenthümer in Beziehung auf seine Sache I. etwas leiden oder II. unterlassen muß. Zu I. gehören folgende Beschränkungen: 1) Er muß den Baum, der über ein fremdes Gebäude hängt, weghauen, widrigens ist es dem Eigenthümer des Gebäudes erlaubt, den Baum umzuhauen und das Holz für sich zu behalten d); hängt aber ein Baum über ein fremdes Grundstück, so muß der Eigenthümer des Baumes die Äste bis auf 15 Fuß von der Erde weghauen, widrigens es wieder dem Nachbar erlaubt ist, dasselbe zu thun, und das Holz für sich zu behalten e); 2) der Eigenthümer eines Grundstückes muß gestatten, daß der Nachbar die Früchte, welche von dessen Baume auf des Ersteren Grund fielen, je um den andern Tag sammle, und wollte der Grundherr dieses nicht erlauben, so hat gegen ihn das *interdictum de glande legenda* Statt f); 3) muß er gestatten, daß das Regenwasser,

b) fr. 14. §. 1. D. VIII. 5. — fr. 44. D. XLIII. 10. *de injur.*

c) C. VIII. 10. *de aedif. priv.* Dirksen über die gesetzliche Einschränkung des Eigenthumes nach Röm. Rechte, in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. II. N. 16.

d) fr. 1. pr. §. 6. §. 9. D. XLIII. 27. *de arb. caed.*

e) fr. 1. §. 7. 8. fr. 2. D. XLIII. 27. Zu diesem Zwecke ist das Interdict de arboribus caedendis gegeben, fr. 1. pr. §. 1. D. XLIII. 27. — Neue Ansichten darüber hat Koch in Grolmans und Löhrs Magaz. IV. N. XVIII. Vergl. auch Guyet im Archiv f. C. Pr. XVII. 1. S. 31—41.

f) D. XLIII. 28. *de glande legenda.* pr. „Ait Praetor, glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi *tertio quoque die* legere, auferre liceat: vim fieri veto.“ §. 1. „Glandis nomine omnes fructus continentur.“ Die meisten Ausleger haben die Worte des Edictes: tertio quoque die so verstanden, als wenn es nur erlaubt wäre, binnen 3 Tagen die abgefallenen Früchte zu sammeln, und daß später eine Verjährung eintrete. Aber das Wort quoque ist die sechste Endung des Fürwortes quisque, und wird daher auf eine ganz natürliche Weise so erklärt, wie wir im Texte des Paragraphen sagten. Vergl. Thibaut im Archiv für C. Prax. I. S. 116—119. — Roßhirts Zeitschr. I. S. 117.—

welches von einem höher liegenden Grunde den natürlichen Abfluß hat, über sein Grundstück ablaufe; ja auch die Errichtung eines ihm nicht schädlichen Werkes, z. B. eines Dammes, muß er gestatten, wenn auf andere Weise der Anfall des Wassers nicht gehemmt werden kann g); 4) ist er verpflichtet, auf seinem Grunde eine öffentliche Strasse errichten zu lassen, wenn die frühere durch eine Überschwemmung oder auf andere Weise zu Grunde ging h), auch muß er durch seine Felder demjenigen den Zutritt erlauben, der anders nicht zu seinem Eigenthume gelangen kann i); 5) muß er bewilligen, daß Andere unter seiner Erdfläche Steine und Metalle graben, wenn nur dadurch die Grundfesten der Gebäude nicht erschüttert und der zehnte Theil der Eigenthümer, und ein anderer Zehntheil dem Fiskus bezahlt wird k); 6) endlich muß er erlauben, daß fremde Sachen, welche auf seinen Grund fielen, von ihrem Eigenthümer abgehohlt werden; doch kann er das Retentionsrecht ausüben, wenn er durch den Fall derselben einen Schaden erlitt l).

Zu II. gehören folgende Beschränkungen: 1) er kann sein Haus nicht abtragen, um das Material zu verkaufen, und über-

---

Guyet hat wohl im Archiv für C. Pr. XVII. 1. S. 64 zu beweisen gesucht, daß unter tertio quoque die jeder dritte Tag mit einem Zwischenraume von zwey Tagen zu verstehen sey. Allein die bisher angenommene Meinung scheint nach tertio Calendas als dem 30. z. B. des Monaths Jänner, nach tertiana febris, nudius tertius u. s. w., dem Sprachgebrauche der Römer entsprechender. Guyet sagt, daß man nicht wissen könne, was Cicero ausdrücken wollte, wenn er sich der Formel: Tertio quoque die bedient. Allein uns erscheint die Ansicht Ciceros gar nicht zweifelhaft, wenn wir seine Worte in der orat. pro Murena N. XII. genau beachten: jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines tam ingeniosos per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum *diem tertium*, an *perendinum:* judicem, an arbitrum: rem, an litem dici oporteret.

g) fr. 1. §. 22. §. 23. fr. 2. §. 5. 6. D. XXXIX. 3. *de aqua et aquae pluv. arcend.*

h) fr. 14. §. 1. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.*

i) fr. 12. pr. D. XI. 7. *de relig.* Elvers in der Themis I. 1. S. 98.

k) c. 3. 6. C. XI. 6. *de metallar.*

l) fr. 7. §. 1. 2. fr. 9. §. 2. D. XXXIX. 2. *de damno infecto.*

Digitized by Google

haupt zu diesem Zwecke sein Haus nicht veräußern, damit die Städte nicht durch Ruinen entstellt werden m); 2) er darf kein Werk errichten, wodurch der Lauf des Wassers geändert, und dadurch dem benachbarten Grunde ein Schade zugefügt würde n); 3) darf er neben der Tenne des Nachbars kein Gebäude auf solche Art errichten, daß der Zug des Windes, und dadurch die Trennung der Spreu von der Frucht gehindert würde o); 4) auch ist es nicht erlaubt, gegen einen fremden Grund, oder ein fremdes Gebäude zu so zu pflanzen oder zu bauen, daß der gesetzliche Zwischenraum nicht bliebe p); 5) endlich darf er keine allzu tiefen Gruben graben, wodurch den benachbarten Gebäuden ein Schade zugefügt werden könnte q).

§. 198.

Beschränkungen des Veräußerungsbefugnisses.

Die Befugniß, sein Eigenthum zu veräußern, kann durch ein Gesetz, durch richterliche Verfügung, durch letzten Willen oder durch Vertrag (§. 196. am Anfange) beschränkt seyn. Wie dieses geschehen könne, ist an den passenden Orten erklärt worden, oder wird erst erörtert werden a). Hier ist nur die Frage, welche Wirkung eine Veräußerung habe, die von dem Eigen-

m) fr. 48. D. XXXIX. 2. *eod.*

n) fr. 1. §. 1. 2. D. XXXIX. 3. *de aqua.* — fr. 8. §. 5. D. VIII. 5. *si serv. vindic.*

o) c. ult. §. 1. C. III. 34. *de servit. et aqua.*

p) fr. 13. D. X. 1. *finium reg.* — c. 9. 11. 12. §. 2. C. VIII. 10. *de aedif. priv.* Was für ein Zwischenraum frey gelassen werden müsse, kann aus den citirten Stellen ersehen werden.

q) fr. 24. §. 12. D. XXXIX. 2.

a) So haben wir z. B. von der beschränkten Veräußerungsfähigkeit der Pupillen und Curanden schon gesprochen; wie dieselbe durch letzten Willen und Vertrag beschränkt werden könne, wird weiter unten erklärt werden. — Übrigens ist zu bemerken, daß, wenn die Veräußerung einer Sache verbothen ist, auch die Bestellung jedes andern dinglichen Rechtes an derselben verbothen sey, so lange nicht das Gegentheil gezeigt werden kann, c. 7. C. IV. 51. *de reb. alien. non alien.*

Digitized by Google

thümer der Beschränkung oder des Verbothes ungeachtet unternommen wurde?

Die Veräußerung einer Sache, welche durch das Gesetz b), durch richterliche Verfügung c) oder durch einen letzten Willen d) verbothen wurde, ist ungültig, so zwar, daß die Sache von jedem Besitzer zurückgefordert werden kann, und alle dinglichen Rechte, welche Andern auf diese Sachen eingeräumt wurden, ohne Rechtswirkung sind. Derjenige selbst aber, welcher die Sache veräußerte, kann sie nicht vindiciren, da er seine eigene Handlung nicht bestreiten darf e), außer es ist die Veräußerung zum Vortheile des Veräußernden selbst, z. B. des Pupillen, verbothen. Hat aber der Eigenthümer mit Jemanden einen Vertrag geschlossen, daß er seine Sache nicht veräußern wolle; so ist ein solcher Vertrag ungültig, wenn der Compaciscent nicht ein dingliches Recht an der Sache hat f). Brach im letzteren Falle der Eigenthümer den Vertrag, so findet gegen ihn nur eine persönliche Klage auf Leistung des Interesse Statt g). Hat aber der

b) §. 2. J. II. 8. *quibus alienare licet, vel non.* — fr. 16. D. XXIII. 5. *de fundo dotali.* — fr. 5. §. 15. D. XXVII. 9. *de rebus eor. qui sub tutela sunt.* — c. 15. C. V. 71. *de praed. et aliis rebus minor.*

c) fr. 12. D. XLI. 3. *de usurp.* Übrigens ist zu bemerken, daß der Richter eigentlich nur in Folge gesetzlicher Bestimmung, oder auf die Bitte des Berechtigten, welche sich auf ein Gesetz, auf einen Vertrag, oder einen letzten Willen gründet, ein Veräußerungsverboth erlassen kann, Lauk: welches sind die Wirkungen der Veräußerungsverbothe nach Röm. Rechte? in der Zeitschr. f. C. u. Pr. V. 1. S. 1.

d) fr. 88. §. 14. *de legat.* II. (XXXI.) — c. 1. 2. C. VI. 43. *communia de legat. et fideicomm.* Wenn aber dem Erben oder Legatar die Veräußerung seiner eigenen Sache verbothen wurde; so kann derjenige, dessen Rechte durch eine solche Veräußerung verletzt wurden, nur den Schadenersatz verlangen, c. 1. C. VI. 43. *cit.*

e) Z. B. fr. 69. §. 3. *de legat.* II.

f) fr. 61. D. II. 14. *de pactis.* — fr. 7. §. 2. D. XX. 5. *de distract. pign.*

g) fr. 75. D. XVIII. 1. *de contr. emt.* — fr. 21. §. 5. D. XIX. 1. *de act. emt.* — fr. 135. §. 3. D. XLV. 1. *de verb. oblig.* — c. 3. C. IV. 6. *de condict. ob caus. dator.*

Digitized by Google

Eigenthümer seinem Compaciscenten zur Sicherung des Versprechens, daß er seine Sache nicht veräußern wolle, ein Pfandrecht an derselben eingeräumt, so kann die veräußerte Sache von jedem Besitzer vindicirt werden h).

§. 199.

Verschiedene Eintheilungen des Eigenthumes.

Quiritarisches und bonitarisches Eigenthum.

Miteigenthum.

Bey den alten Römern gab es nur eine Art des Eigenthumes, nähmlich hinsichtlich jener Sache, die man nach dem Rechte der Quiriten *(ex jure Quiritium)* vindiciren konnte a). Später entstand ein doppeltes Eigenthumsrecht, eines *ex jure Quiritium*, das andere an jenen Sachen, die Jemand in seinem Vermögen (*in bonis*) hatte b). Der Unterschied hing vorzüglich von der Erwerbungsart ab, denn jene Sachen, welche nach dem Civil-Rechte erworben wurden, konnte man *ex jure Quiritium* vindiciren; wegen jener Sachen aber, die Jemand nach dem Völkerrechte erwarb, hatte er der Regel nach keine Klage c). Nachdem aber der Prätor auch für das bonitarische Eigenthum eine Klage zugestanden hatte, und die alte Gerichtsverfassung erloschen war, hörte der Unterschied zwischen diesen zwey Gattungen des Eigenthumes gänzlich auf; daher setzte auch

h) fr. 7. §. 2. D. XX. 5. *de distr. pign.* — Vergl. Glück Comm. XVI. S. 62—67.

a) Gaji Comm. II. §. 40.

b) Nach Theophilus nennt man diese zwey Gattungen dominium quiritarium und bonitarium.

c) Gaji Comm. II. §. 41. Wahr ist es wohl, daß auch manche Erwerbarten nach dem Völkerrechte ein volles Eigenthumsrecht bewirkten; aber die in dem Texte des Paragraphen aufgestellte Regel scheint doch richtig zu seyn. Vergl. M. S. Meyer in der krit. Zeitschr. f. Rechtswissenschaft. Tübingen IV. B. 1. H. 1828, über Unterholzners: Die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen, im Rh. Mus. I. Jahrg. 1. und 2. Heft.

Digitized by Google

Justinian fest, daß jede Erwerbung, sie möge nach dem Civil- oder nach dem Völkerrechte geschehen, gleiches und volles Eigenthumsrecht verschaffe d).

Gleichwie mehrere zugleich die nähmliche Sache ganz (*in solidum*) nicht besitzen können, eben so wenig können sie *in solidum* Eigenthümer derselben seyn e); gehört aber eine Sache Mehreren nach intellectuellen Theilen (ungetheilt, *pro indiviso*) zu, so werden sie Miteigenthümer (*condomini*) genannt, von denen keiner ohne Einwilligung des Andern über das Ganze, oder über einen physischen Theil davon verfügen kann (*in pari causa melior est conditio prohibentis*) f); sollte aber einer der Miteigenthümer etwas an der Sache unternehmen wollen, was nothwendig ist, so kann er daran von den Übrigen nicht gehindert werden g). Ferner hat jeder von ihnen das Recht, über seinen (intellectuellen) Theil zu verfügen, und ihn zu veräußern h), ja wenn die ganze Sache von einem Theilnehmer veräußert wurde, so hat diese Verfügung in Beziehung auf des-

---

d) c. un. C. VII. 25. *de nudo jure Quir. toll.* — c. un. C. VII. 31. *de usucap. transform.* — fr. 23. pr. D. VI. 1. *de rei vind.* Daher ist auch der Unterschied zwischen res mancipi und non mancipi erloschen, indem nicht nur durch die mancipatio und die solennis in jure cessio, sondern auch durch die aus dem Völkerrechte entspringenden Erwerbungsarten volles Eigenthumsrecht erlangt werden kann. Zimmern hat in einem scharfsinnigen Aufsatze im Rh. Mus. III. 3. beweisen wollen, daß das in bonis esse gar nicht als eine Art des Eigenthumes betrachtet wurde; allein man sehe dagegen Unterholzner in dems. Rh. Mus. V. 1. S. 1. und die oben citirte c. un. C. VII. 25. „*Antiquae* subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter *dominos*, apud quos *vel* nudum *ex jure Quiritium* nomen, *vel* tantum *in bonis* reperitur."

e) fr. 5. §. 15. D. XIII. 6. *commodati.*

f) fr. 28. D. X. 3. *communi div.* — c. 1. et 2. C. IV. 52. *de comm. rer. alien.* Die Römer drücken das Miteigenthum so aus: „res, quam quis cum alio *communem* habet; res, quam plures *pro indiviso* possident."

g) c. 4. C. VIII. 10. *de aedif. priv.*

h) fr. 68. pr. D. XVII. 2. *pro socio.* — c. 13. C. III. 37. *commun. div.*

Digitized by Google

sen Antheil Kraft und Gültigkeit i), auch kann durch keinen Vertrag das Recht, die Theilung zu begehren, erlöschen k). Andere Eintheilungen des Eigenthumes kommen in den Quellen nicht vor, da aber die neuern Schriftsteller des Röm. Rechtes noch verschiedene andere Arten des Eigenthumes anführen, so wollen auch wir in Kürze davon sprechen.

§. 200.

Fortsetzung der Eintheilungen des Eigenthumes.

Das vollständige und unvollständige, das unbeschränkte und beschränkte, das widerrufliche und unwiderrufliche, das Ober- und das Nutzungs-Eigenthum, das Prätorische Eigenthum.

Gewöhnlich — denn nicht Alle kommen in der Begriffsbestimmung überein — nimmt man ein unvollständiges Eigenthum (*minus plenum dominium*) dann an, wenn ein Anderer vermöge eines dinglichen Rechtes unsere Sache benützt; im entgegengesetzten Falle ist das Eigenthum vollständig (*plenum*). Ist der Eigenthümer aus was immer für einem Grunde in dem Verfügungsrechte über seine Sache entweder gänzlich, oder zum Theile gehindert, so nennt man das Eigenthum beschränkt (*limitatum*), sonst aber unbeschränkt (*illimitatum*) a). Ferner ist das Eigenthum unwiderruflich (*irrevocabile, perpetuum*) oder widerruflich (*revocabile, temporale*). Wenn ohne den Willen des Eigenthümers durch irgend ein Ereigniß sein Eigen-

i) c. 1. C. IV. 52. Bemerkenswerth ist, daß der Fiscus die ganze ihm mit Andern gemeinschaftliche Sache gültig veräußern kann, indem er nur verpflichtet ist, den Theilnehmern ihren Antheil im Gelde auszuzahlen, c. 2. C. IV. 52. verbunden mit c. un. C. X. 4. *de vend. rer. fiscal.*

k) fr. 14. §. 2. D. X. 3. *comm. div.* — fr. 59. pr. D. XVII. 2. *pro socio.*

a) So ist z. B. das Eigenthumsrecht des Pupillen ganz beschränkt; durch die auf unserer Sache haftenden Dienstbarkeiten werden wir wenigstens zum Theile beschränkt. Ist das Eigenthum durch einige Zeit gänzlich gehemmt; so pflegt man es dominium dormiens, quiescens oder naturale zu nennen.

Digitized by Google

thumsrecht zu dem früheren Eigenthümer zurückkehrt, oder auf einen Dritten laut früheren Vertrages oder eines letzten Willens übergeht, so heißt das Eigenthum widerruflich; kann es aber ohne den Willen des gegenwärtigen Eigenthümers auf niemanden Andern übergehen, so ist es unwiderruflich. Geschieht die Widerrufung in der Art, daß die dem frühern Eigenthümer zufallende Sache so betrachtet wird, als hätte sie nie zu dem späteren Eigenthümer gehöret; so pflegt man dieß eine *revocatio ex tunc* zu nennen, und ihre Wirkung besteht darin, daß die Sache von jedem Besitzer vindicirt werden kann, und daß alle Lasten, welche der spätere Eigenthümer mit der Sache verband, aufhören b). Geschieht aber die Widerrufung nur so, daß erst von dem Augenblicke, wo das Recht des späteren Eigenthümers aufhört, das Eigenthumsrecht des früheren Besitzers wieder anfängt; so heißt dieß *revocatio ex nunc*, wobey der vorige Eigenthümer, zu dem nun die Sache zurückkehrt, nur eine persönliche Klage hat, und die Lasten, welche mittlerweile von dem späteren Eigenthümer der Sache aufgelegt wurden, nicht verschwinden c). Frägt es sich, ob das unter einer auflösenden Bedingung auf Jemanden übertragene Eigenthum bey eintretender Bedingung *ex nunc* oder *ex tunc* aufgehoben werde, so ist zu unterscheiden: wurde eine Sache auf Jemanden unter einer auflösenden Bedingung so übertragen, daß das Geschäft bey eintretender Bedingung für nicht abgeschlossen zu halten ist, so wird das Eigenthum *ex tunc*, sonst aber *ex nunc* aufgehoben d). Wenn endlich die Rechtsgelehrten ein Ober-*(dominium*

b) Daher gilt der Grundsatz: Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis. Beyspiele kommen vor in fr. 4. §. 3. D. XVIII. 2. *de in diem addict.* — fr. 3. D. XX. 6. *quibus modis pignus vel hypoth. solv.* Vergl. die sehr gründliche Abhandlung Müllers in dessen civ. Abh. I. S. 253., Gießen 1833., vorzüglich gegen Rieffer in der Zeitschr. f. C. u. Pr. II. 1. 2.

c) fr. 3. in fin. D. XX. 6. Da aber der Widerrufende nur eine persönliche Klage hat; so kann man dessen Recht wohl nur sehr uneigentlich ein Eigenthum nennen.

d) Man vergl. die genauere Auseinandersetzung im §. 494.

Digitized by Google

directum) und ein Nutzungseigenthum *(utile)* unterschieden so ist diese Eintheilung aus einer falschen Auslegung des Röm. Rechtes, welches *actiones directas* und *utiles* unterscheidet, zu erklären, in unserem Rechte aber durchaus nicht gegründet. Denn was man unter *dominium utile* versteht e), rechnen die Römer nie zum Eigenthume, sondern zu den dinglichen Rechten an einer fremden Sache, wie das Erbpachtrecht; oder nicht einmahl zu dieser Classe, wie das Recht des redlichen Besitzers, welches letztere aber die Juristen Prätorisches Eigenthum zu nennen pflegen, weil der Prätor dem redlichen Besitzer die Eigenthumsklage so zuerkannte, als wäre er wahrer Eigenthümer (§. 225.).

Zweyter Titel.

Von der Erwerbung des Eigenthumes.

§. 201.

Im Allgemeinen.

Zur Erwerbung des Eigenthumes gehört I. eine taugliche Person (§. 84.), II. eine erwerbbare Sache (§. 85.) und III. eine Erwerbungsart (*causa adquirendi*, nach den Neuern *modus*

e) Die Glossatoren, welchen diese Eintheilung ihren Ursprung verdankt, nahmen das dominium directum und utile in einem doppelten Sinne. Fürs Erste sagen sie, daß, wenn das Verfügungsrecht über eine Sache zwischen Zweyen so getheilt ist, daß der Eine sich einen Theil des Verfügungsrechtes vorbehielt, der Andere aber nebst dem Antheile an dem Verfügungsrechte allen Nutzen aus der Sache hat, jenem das Ober-, diesem das Nutzungseigenthum zukomme. In diesem Sinne ertheilten sie dem emphyteuta das Nutzungs- und dem dominus emphyteuseos das Obereigenthum. In einem andern Sinne nannten sie dominium directum dasjenige, was Einem unmittelbar (directe) nach dem Gesetze zusteht, so, daß er seine Sache mit einer actio directa verfolgen kann; hat aber Jemand nur mittelst einer ausdehnenden Interpretation der Billigkeit gemäß eine utilis vindicatio, so nannten sie sein Eigenthum dominium utile nach der Analogie der actio directa und utilis (§. 109.), und in diesem Sinne ertheilten sie nicht nur dem emphyteuta, sondern auch dem Superficiar ein dominium utile.

Digitized by Google

adquirendi.) Die Unterscheidung aber zwischen einem rechtmäßigen Titel und der Erwerbungsart, welche von den älteren Rechtsgelehrten gemacht wurde, ist dem Röm. Rechte ganz fremd a). Das Eigenthum erwerben wir nur durch solche Arten, welche in unseren Quellen ausdrücklich zugelassen sind. Da also nach dem neueren Rechte der Unterschied zwischen dem natürlichen und bürgerlichen, oder bonitarischen und quiritarischen Eigenthume (§. 199.) aufgehoben wurde, so ist es überflüssig, natürliche und bürgerliche Erwerbungsarten zu unterscheiden. Übrigens werden wir hier nicht alle, sondern nur die vorzüglichsten Arten der Erwerbung in der bey uns angenommenen Ordnung erklären b). Wir wollen daher 1) von der Zueignung, 2) von dem Zuwachse, 3) von der Separation und Perception der Früchte, 4) von der Übergabe, und 5) von der Ersitzung handeln c).

§. 202.

A.

Von der Occupation im Allgemeinen.

Zueignung (*occupatio*) ist die Besitzergreifung einer freystehenden Sache, in der Absicht, sie als die seinige zu behandeln. Es gehört also dazu I. eine freystehende Sache, sie möge nun entweder noch nie in Jemands Eigenthum gewesen, oder von dem Eigenthümer wieder verlassen worden seyn, oder endlich nach dem Gesetze für eine *res nullius* gelten a); II. eine äußere That-

---

a) Was schon längst Hugo im Civ. Magaz. I. S. 83—88. III. S. 86—89. IV. 2. N. 6. bewiesen hat. Vergl. auch Kaufmann II. §. 106.

b) Denn mehrere Erwerbungsarten werden passender bey anderen Lehren, mit denen sie auf das genaueste zusammenhängen, erklärt werden; doch wollen wir sie am Ende dieser Lehre (§. 220.) in Kürze anzeigen.

c) In wie verschiedener Ordnung die Schriftsteller von diesen Erwerbungsarten handeln, zeigt G. F. Hänel in seiner Dissertation de adquirendo rerum dominio. Lips. 1817.

a) §. 12—18. §. 48. J. II. 1. *de rer. divis.* — fr. 3. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.*

Digitized by Google

handlung, Besitzergreifung genannt (§. 185.); III. der Wille, die Sache eigenthümlich zu behalten. Die Occupation bezieht sich auf lebende Sachen nicht minder, als auf unbelebte, wie auch auf diejenigen, welche den Feinden entrissen wurden. Als Arten der Occupation sind also die Jagd, das Finden, und die Kriegseroberung zu betrachten.

§. 203.
Von der Jagd.

Die Jagd (*venatio*) ist die Occupation wilder Thiere, und sie begreift auch die Fischerey und den Vogelfang in sich a). Sie bezieht sich nur auf wilde Thiere, die in Niemands Eigenthum sind b), also weder auf zahmgemachte, so lange sie die Gewohnheit zurückzukehren nicht abgelegt haben c), noch auf zahme d) (§. 74.). Worin die Thathandlung der Besitzergreifung bestehen müsse, haben wir bereits (§. 185. vor k) erklärt, nur müssen wir noch dazu fügen, daß eine wiederhohlte Occupation nothwendig ist, wenn die wilden Thiere unserer Bewahrung entgingen, und aus unserem Anblicke verschwunden sind, oder ihre Verfolgung äußerst schwer ist e). Gleichgültig ist es aber, ob Jemand auf seinem, oder auf einem fremden Grunde die Occupation vornahm f); nur kann im letzteren Falle, wenn der Eigenthümer des Grundes keine Bewilligung gab, die *actio injuriarum* Statt haben g).

§. 204.
Von dem Finden.

Die Zueignung lebloser Dinge nennt man Finden (*inven-*

a) §. 12. J. II. 1. — fr. 1. §. 1. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.*
b) fr. 3. §. 14. D. XLI. 2. *de adquir. vel am. poss.*
c) fr. 5. §. 5. D. XLI. 1.
d) fr. 5. §. 6. D. XLI. 1.
e) fr. 3. §. 2. fr. 5. pr. D. XLI. 1.
f) fr. 3. §. 1. D. XLI. 1.
g) fr. 16. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.* — fr. 13. §. ult. D. XLVII. 10. *de injuriis.*

Digitized by Google

tio). Auf dieſe Weiſe erwerben wir nicht nur Sachen, die noch in Niemands Eigenthume waren, als z. B. Steinchen, Edelſteine und andere Dinge, welche am Meeresgeſtade gefunden werden a), ſondern auch verlaſſene Sachen b), wenn derjenige, der das Veräußerungsrecht hat, dem Beſitze derſelben in der Abſicht, ſein Eigenthumsrecht daran aufzugeben, entſagte, ohne ihn auf jemanden Andern zu übertragen c). Hat aber der Eigenthümer gegen ſeinen Willen den Beſitz verloren, oder ihn nicht in der Abſicht die Sache zu verlaſſen aufgegeben, ſo kann ſie nicht occupirt werden; daher unterliegen verlorne d), oder zur Erleichterung des Schiffes ausgeworfene Sachen e) der erklärten Erwerbungsart nicht.

Über die Zueignung unbeweglicher Güter finden wir in unſeren Quellen die Lehre, daß eine im Meere entdeckte Inſel dem Erſten, der ſie occupirt, gehöre f).

§. 205.

Von dem Finden eines Schatzes insbeſondere a).

Ein Schatz (*thesaurus*) iſt eine koſtbare bewegliche Sache, welche vor längerer Zeit verborgen wurde, und deren Eigenthümer unbekannt iſt b). Ein Schatz wird theils durch Occupation, theils durch Acceſſion c) (§. 207.) nach folgenden Grund-

a) §. 18. J. II. 1. — fr. 3. D. I. 8. *de divis. rer.* Vergl. W. Sell: „auf welche Weiſe erwirbt der Finder ein Recht an der gefundenen Sache, nahmentlich am Schatz, und welches Recht erlangt er an derſelben?“ in deſſen Verſuchen I. S. 170.

b) fr. 2. pr. D. XLI. 7. *pro derelicto.*

c) D. XLI. 7. — fr. 17. §. 1. D. XLI. 2. *de adquir. vel amitt. poss.* — §. 47. J. II. 1.

d) fr. 43. §. 4. D. XLVII. 2.

e) §. 48. J. II. 1. — fr. 9. §. 8. D. XLI. 1.

f) §. 22. J. II. 1.

a) *F. Ortloff* commentatio jur. rom. de thesauris. Erlangae 1818. — W. Sell über das Finden der in beweglichen Gegenſtänden befindlichen Sachen, in ſ. Verſuchen I. N. 3.

b) fr. 31. §. 1. D. XLI. 1.

c) §. 39. J. II. 1. — fr. 31. §. 1. D. XLI. 1. Wenn auch keine accessio im ſtrengen Sinne Statt hat; ſo hat unſer Fall doch etwas

Digitized by Google

sätzen erworben: I. Wird er auf eigenem Grunde, oder an einem geweihten oder religiösen Orte gefunden, so gehört er ganz dem Finder d), nur darf er dabey sich keiner magischen oder anderen abergläubischen Künste bedienen e). II. Wird er auf einem fremden Grunde, dieser mag nun Privat- oder öffentliches Gut seyn, zufällig gefunden; so gehört die Hälfte dem Finder nach dem Occupationsrechte, und die andere Hälfte dem Eigenthümer des Grundes nach dem Rechte der Accession f); ist er aber absichtlich gesucht und gefunden worden, so gehört er ganz dem Grundherrn g).

§. 206.

Von der Kriegseroberung.

Zur Zeit des Krieges werden die feindlichen Sachen für *res nullius* gehalten, daher werden sie durch Occupation, und zwar in dem Augenblicke erworben, wo sie den Feinden entrissen sind a). Die unbeweglichen Sachen gehören dem Fiscus b), die beweglichen demjenigen, der sie occupirt, mit Ausnahme solcher, welche auf Befehl des Feldherrn ergriffen wurden, denn

---

der Accession Ähnliches, indem man hier etwas erwirbt, weil man das Eigenthum an einer anderen Sache bereits vorher hatte, Sell in den ang. Versuchen, S. 179.

d) §. 39. J. II. 1. — Das fr. 3. §. 10. D. XLIX. 14. scheint entgegen zu stehen, aber nach Gaji II. 7. kann es ganz wohl mit der ersten Stelle vereinigt werden.

e) c. un. C. X. 15. *de thesauris.* Ohne daß jedoch der Verlust des Schatzes an den Fiscus damit verbunden wäre, wie man gewöhnlich annimmt, denn dieß sagt die c. un. nicht aus; auch darf man sich zur Behauptung dieser Meinung nicht auf den Satz stützen, es soll Niemand aus einer widerrechtlichen Handlung einen Vortheil ziehen, indem man nicht wird beweisen können, daß nicht das Suchen, sondern die Zaubermittel den Schatz in die Hände des Finders geliefert haben, Fritz in den Erl. zu Wening II. S. 320.

f) §. 39. J. II. 1. — c. un. C. X. 15. — fr. 67. D. VI. 1. *de rei vind.* — fr. 63. D. XLI. 1.

g) §. 39. J. II. 1.

a) fr. 5. §. 7. fr. 51. §. 1. D. XLI. 1. — §. 17. J. II. 1.

b) fr. 20. §. 1. D. XLIX. 15. *de capt. et postl.*

Digitized by Google

diese fallen auch dem Fiscus heim c). Im Gegentheile verlieren die Römer ebenfalls das Eigenthum dessen, was ihnen der Feind entreißt d); doch durch das Heimkehrrecht kömmt das Eigenthum unbeweglicher Güter wieder an den vorigen Besitzer zurück, sobald die Feinde daraus vertrieben sind e); von den beweglichen Sachen sind aber nur die Kriegsschiffe und die militärischen Pferde in den Quellen als solche bezeichnet, die nach der Wiedereroberung an die früheren Eigenthümer zurückfallen sollen f).

§. 207.

B.

Von dem Zuwachse.

Mittelst des Zuwachses erwerben wir ein Eigenthum dadurch, daß etwas aus unserer Sache entsteht, oder mit ihr so verbunden wird, daß es einen Theil derselben ausmacht, daher kann der Zuwachs (*accessio*) als eine Vermehrung des Eigenthumes durch die Ausdehnung unserer Sache betrachtet werden a). Die älteren Rechtslehrer unterschieden eine natürliche, künstliche und gemischte Accession; allein da diese Eintheilung in den Quellen nirgends gegründet ist, und in der Erklärung derselben die Juristen nicht übereinstimmen b), da ferner hinsichtlich der Wirkungen kein Unterschied aus derselben entspringt; so befolgen wir lieber bey Auseinandersetzung der verschiedenen Gründe, aus welchen eine Accession bewirkt wird, die Ordnung der Neuern c), und werden zuerst von den durch Zuwachs zu

c) fr. 13. D. XLVIII. 13. *ad leg. Jul. pecul.*
d) fr. 19. §. 3. D. XLIX. 15.
e) fr. 20. §. 1. D. XLIX. 15.
f) fr. 2. pr. §. 1. 2. 3. fr. 19. pr. §. 3. D. XLIX. 15.
a) Warnkönig I. N. 219.
b) Kaufmann. §. 89.
c) Warnkönig am angeführten Orte. — v. Wening I. 2. §. 54—59. — Seuffert I. §. 141—147. — Eine passende Eintheilung hat auch Mackeldey §. 246.

Digitized by Google

erwerbenden Früchten, dann von den übrigen Acceſſionen der unbeweglichen und endlich der beweglichen Sachen handeln.

§. 208.

Von der Acceſſion deſſen, was aus unſerer Sache wächſt.

Was aus unſerer Sache wächſt, iſt nach dem Rechte der Acceſſion ſogleich unſer, ohne daß es einer beſonderen Thatſache zur Erwerbung des Eigenthumes bedürfte a); denn da die mit der Sache verbundenen Früchte einen Theil derſelben ausmachen b), ſo gehören ſie nothwendig dem Eigenthümer der Sache, und können auch getrennt nicht aufhören, ihm zu gehören, wenn nicht jemand Anderer aus irgend einem rechtmäßigen Titel ſich ſelbe zueignete c). Daher erwirbt der Eigenthümer 1) die auf ſeinen Bäumen gewachſenen Früchte, wenn ſie auch auf den Grund des Nachbars fielen (§. 197. f.); 2) die Pflanzen und Bäume, welche auf ſeinem Grunde wuchſen, und es iſt gleichgültig, ob ſie auch auf dem benachbarten Grunde Wurzel trieben, oder nicht d); denn nur jener Baum iſt gemeinſchaftlich, welcher an der Gränze mehrerer Grundſtücke ſo wuchs, daß ſein Stamm ſich auf jedes Grundſtück erſtreckt e); 3) die Jungen von ſeinen Mutterthieren, und zwar ohne Unterſchied, ob ein eigenes oder fremdes männliches Thier dieſelben befruchtete f).

---

a) §. 19. J. II. 1. — fr. 25. pr. D. XXII. 1. *de usuris.*

b) fr. 61. §. 8. D. XLVII. 2. *de furtis.* — fr. 44. D. VI. 1. *de rei vind.*

c) Wie z. B. ein Pächter, ein Nutznießer; man ſehe unten den §. 212. — fr. 61. §. 8. D. XLVII. 2.

d) fr. 6. §. 2. D. XLVII. 7. *arbor. furtim caes.* — Vergl. fr. 22. pr. D. XLIII. 24. *quod vi aut clam.* Die entgegenſtehende Stelle aus den Inſtitutionen (§. 31. J. II. 1.) muß als ein minder genauer Auszug aus den Schriften des Gajus dem vollſtändigeren Exzerpte der nähmlichen Stelle, welches im fr. 7. §. 13. D. XLI. 1. vorkommt, weichen. Man ſehe Höpfner's Comm. §. 327. N. 3.

e) fr. 19. pr. D. X. 3. *comm. divid.* — fr. 83. D. XVII. 2. *pro socio.*

f) fr. 5. §. 2. D. VI. 1.

Digitized by Google

§. 209.

Von den Acceſſionen unbeweglicher Sachen.

Eine Vermehrung unſeres Eigenthums bey unbeweglichen Sachen kann durch Anſpülen, durch abgeriſſenes Land, durch eine im Fluſſe entſtandene Inſel, durch ein verlaſſenes Flußbett, durch Säen und Pflanzen und durch Bauen Statt haben. Das Anſpülen (*alluvio*) iſt jener Zuwachs an Erdreich, welches durch ein fließendes Gewäſſer unmerklich an unſeren Acker geworfen wird a). Bey Teichen und Seen gibt es daher keine Alluvion b).

Wird ein Stück Erdreich durch die Gewalt des Fluſſes (*vi fluminis*) auf Einmahl losgeriſſen, und unſerem Acker zugeführt; ſo erwerben wir dasſelbe nach dem Rechte des Zuwachſes, wenn es ſich mit unſerm Erdreiche ſchon vereinigte, was vorzüglich dann geſchieht, wenn die Bäume des abgeriſſenen Landes bereits auf unſerem Boden Wurzel faßten c).

Die in einem öffentlichen Fluſſe entſtandene Inſel (*insula in flumine publico nata*) gehört, wenn ſie mit dem Flußbette feſt zuſammenhängt, denjenigen, welche am Fluſſe Ländereyen beſitzen d). Entſtand die Inſel mitten im Fluſſe, ſo ſind die Eigenthümer der nach der Länge desſelben an beyden Ufern liegenden Grundſtücke ausſchließend befugt, die entſtandene Inſel in zwey Theilen ſich zuzueignen, und nach Maß der

---

a) §. 20. J. II. 1. — fr. 7. §. 1. D. XLI. 1.

b) fr. 12. pr. D. XLI. 1.

c) fr. 7. §. 2. D. XLI. 1. — fr. 9. §. 2. D. XXXIX. 2. *de damno infecto.* Nicht entgegen iſt §. 21. J. II. 1., denn dieſer Paragraph iſt aus den früheren Stellen zu erklären.

d) §. 22. J. II. 1. — fr. 7. §. 3. fr. 29. fr. 30. §. 2. D. XLI. 1. — Dieſer Zuwachs bezieht ſich alſo nicht 1) auf eine im Meere entſtandene Inſel, denn die wird für eine freyſtehende Sache gehalten (§. 204. Note f), auch nicht 2) auf einen Privat-Fluß, fr. 1. §. 4. D. XLIII. 12. *de flum.*, ferner weder 3) auf eine ſchwimmende Inſel, weil dieſe unter die öffentlichen Sachen (§. 72.) gehört, noch 4) auf einen Grund, der nicht zum Flußbette gehörte, und den das Waſſer umfloß, denn in dieſem Falle wird das Eigenthum des Grundes nicht verändert, fr. 7. §. 4. fr. 30. §. 2. D. XLI. 1.

Digitized by Google

Länge ihrer Grundstücke unter sich zu theilen. Entsteht die Insel auf der einen Hälfte des Gewässers, so haben die Eigenthümer des näheren Uferlandes nach dem angegebenen Verhältnisse allein darauf Anspruch e). Auf gleiche Weise geschieht die Vertheilung, wenn der Fluß sein bisheriges Bett ändert (*alveus derelictus*), und das neue Flußbett wird unter die öffentlichen Sachen gerechnet f). Übrigens hat in allen diesen Fällen der Zuwachs nur dann Statt, wenn die Äcker nicht auf ein gewisses Maß beschränkt sind (*si agri sunt arcifinii, non vero limitati*) g). Ferner kann durch Säen (*satio*) und Pflanzen (*plantatio*) ein Zuwachs geschehen; denn was auf einem Grunde gesäet wird, gehört sogleich dem Grundherrn, es möge nun fremder Same auf unserem Acker, oder unser Same auf fremden Acker gesäet worden seyn h). Ist etwas auf einem fremden Grunde gepflanzt worden, so gehört es dem Eigenthümer des Grundes in dem Augenblicke, als es im Boden Wurzel faßte i).

Auf ganz gleiche Weise gehört das, was auf einem Grunde gebaut wurde, sogleich dem Eigenthümer des Grundes, es mag nun der Grundherr mit fremden Material auf seinem Boden, oder der Eigenthümer des Materials auf fremdem Boden gebaut haben k).

---

e) §. 22. J. II. 1. — fr. 65. §. 4. D. XLI. 1. steht nicht entgegen, denn dieses Fragment ist so zu erklären: Eine in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel kann nur dann unter die öffentlichen Sachen gerechnet werden, wenn auch das öffentliches Gut ist, was in einem öffentlichen Flusse gebaut wurde. Da aber dieß nach den klaren Grundsätzen des Rechts nicht unter die öffentlichen Sachen gerechnet wird; so kann eben so wenig eine Insel ein öffentliches Gut seyn. *Meister* jus rom. privatum. Zülichaviae 1813, §. 290.

f) §. 23. J. II. 1. — fr. 7. §. 5. fr. 30. §. 1. D. XLI. 1. — fr. 1. §. 7. D. XLIII. 12. *de flum.*

g) fr. 16. D. XLI. 1. — fr. 1. §. 6. 7. D. XLIII. 12.

h) §. 22. J. II. 1. — fr. 9. pr. D. XLI. 1.

i) §. 31. J. II. 1. — fr. 7. §. ult. D. XLI. 1.

k) §. 29. 30. J. II. 1. — fr. 7. §. 10. 12. D. XLI. 1. Vergl. noch §. 211. Note a und e.

Digitized by Google

§. 210.

Von der Acceſſion beweglicher Sachen.

Bey beweglichen Sachen erlangen wir mittelſt des Zuwachſes neues Eigenthum durch die *adjunctio*, *specificatio*, *confusio* und *commixtio*.

Wenn die Sache des Einen mit der Sache eines Andern ſo verbunden wird, daß beyde nur einen Körper bilden, ſo nennt man dieß *adjunctio*. Arten derſelben ſind das Anſchmieden (*adferruminatio*), das Anlöthen (*adplumbatura*) a), das Einfaſſen (*inclusio*), das Einweben (*intextura*), das Schreiben (*scriptura*) und das Mahlen (*pictura*). Bey dieſer Acceſſionsart wird der Eigenthümer der Hauptſache immer auch Eigenthümer der Nebenſache, aber nur widerruflicher, wenn die verbundenen Sachen ohne Verletzung ihrer Subſtanz wieder getrennt werden können; denn in dieſem Falle hat der Eigenthümer der Nebenſache die *actio ad exhibendum* auf Trennung, und wenn dieſe geſchah, ſo kann er ſeine Sache vindiciren b). Über die Frage, was Haupt-, was Nebenſache ſey, finden wir in den Quellen folgende Regeln: 1) Kann eine Sache ohne die andere nicht beſtehen, ſo iſt jene, welche gleichſam die Grundlage der andern bildet, für die Hauptſache zu halten c); ſo iſt die Schrift als die Nebenſache des Papiers zu betrachten d), und das Gemählde müßte dem Stoffe, auf welchem gemahlt wurde, weichen e), wenn nicht Juſtinian für's Gegentheil entſchieden hätte f). 2) Wenn eine Sache mit einer andern vereinigt wurde, um dieſe zu ſchmücken oder zu ergänzen, ſo iſt jene, um derentwillen die

a) Adferruminatio iſt eigentlich die Vereinigung gleichartiger, und adplumbatura die Verbindung ungleichartiger Metalle.
b) fr. 23. §. 5. D. VI. 1. *de rei vind.* — fr. 6. fr. 7. §. 1. 2. D. X. 4. *ad exhib.*
c) fr. 23. §. 3. D. VI. 1.
d) §. 33. J. II. 1. — fr. 9. §. 1. D. XLI. 1.
e) fr. 23. §. 3. D. VI. 1.
f) Juſtinian billigte im §. 34. J. II. 1. die Meinung des Gajus, welche in fr. 9. §. 2. D. XLI. 1. vorkommt.

Digitized by Google

Verbindung geschah, als Hauptsache anzusehen g), wenn auch vielleicht die andere kostbarer seyn sollte h). 3) Reichen die angeführten Regeln zur Beurtheilung nicht aus, so ist diejenige Sache, welche einen größeren Umfang oder einen größeren Werth hat, für die Hauptsache zu halten i). Wenn Jemand aus einer entweder ganz oder doch zum Theile fremden Sache einen neuen Körper in der Absicht, denselben für sich zu behalten, bildet, so daß die frühere Sache als nicht mehr bestehend betrachtet werden muß, so heißt dieß Specification k). Unter den älte-

g) fr. 19. §. 13—16. D. XXXIV. 2. *de auro, argento.* — fr. 26. §. 1. D. XLI. 1. — fr. 23. §. 5. D. VI. 1.

h) fr. 19. §. 14. 15. D. XXXIV. 2. *de auro, argento*, vergl. mit §. 20. D. *eod.*

i) fr. 27. §. 2. D. XLI. 1.

k) Daher ist das Ausdreschen des Getreides keine Specification, denn wer Getreide drischt, bringt nicht eine neue, zu einer andern Classe der Dinge gehörige, Sache hervor; sondern er enthüllt nur die, so schon vorhanden ist, fr. 7. §. 7. D. XLI. 1. — §. 25. J. II. 1., welcher entgegensteht, verdient als ein minder genauer Auszug aus der nähmlichen Stelle des Gajus keine Berücksichtigung. — Im weiteren, hieher nicht gehörigen Sinne ist auch die Bildung eines neuen Körpers aus der eigenen Sache Specification (§. 259. d.) — Schilling in der Kritik von Hugo's Rechtsgeschichte, S. 165., *Mühlenbruch* in doctr. Pand. §. 358. N. 3. und Andere betrachten die Specification als eine eigenthümliche Erwerbungsart, die mit der Accession nichts gemein habe. In dem Falle aber, als Jemand theils aus eigener, theils aus fremder Materie eine neue species machte, hat ja wirklich eine Accession Statt; ja auch dann, wenn der Eigenthümer der Materie Eigenthümer der neuen Form wird, erwirbt er die neu gestaltete Sache vermöge seines Eigenthumes an der früheren Sache, und es ist eigentlich nur in dem Falle keine Accession vorhanden, wenn der Formgeber das Eigenthum der neuen species erwirbt, da man nicht sagen kann, daß diese zu dem früheren Eigenthume des Specificators hinzugekommen sey. Doch auch in diesem Falle würde sich eher eine Art der Occupation, als eine selbstständige Erwerbungsart des Eigenthumes annehmen lassen, indem nach fr. 7. §. 7. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.*, die neue species als eine herrenlose Sache dem Specificator, als erstem Occupirenden, zufällt. Daher glauben wir, daß man die Specification wohl unter den Accessions-Arten vortragen könne, wenn nur diese Bemerkung beygefügt, und dabey erklärt wird, daß man, um die Lehre nicht zu trennen, auch den letzteren Fall, ungeachtet er keine eigentliche Accession enthält, mit im Zusammenhange erkläre.

Digitized by Google

ren R. Rechtsgelehrten war es streitig, wer das Eigenthum des neuen Körpers haben sollte; die Proculianer schrieben dem Specificator das Eigenthum zu, weil das, was gemacht wurde, früher Niemanden gehörte. Die Sabinianer hingegen behaupteten, der Eigenthümer des Stoffes werde auch Eigenthümer der neuen Sache, weil ohne Stoff nichts Neues gemacht werden kann l). Justinian hat durch folgende Entscheidung den Streit geschlichtet: 1) Hat Jemand, theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoffe einen neuen Körper gebildet; so erwirbt der Specificator stets das Eigenthum desselben m). 2) Wurde aber bloß aus fremdem Stoffe eine neue Sache gebildet, so ist zu unterscheiden, ob sie in ihre vorige Gestalt zurückgebracht werden kann, oder nicht; in diesem Falle erlangt das Eigenthum der Specificator, in jenem der Eigenthümer des Stoffes n). Sollte jedoch der Formgeber wissen, daß die Sache eine fremde sey, so erwirbt er das Eigenthum nicht nn). Macht Jemand aus fremder Materie eine neue Sache, aber nicht in seinem, sondern im Nahmen eines Andern, so gehört sie diesem o).

---

l) fr. 7. §. 7. D. XLI. 1.

m) §. 25. in fin. J. II. 1., was durch die Paraphrase des Theophilus bestätigt wird, welcher sagt: „in hac specie non est controversum, eum esse dominum, qui fecit.“ Wenn mit Einwilligung zweyer Eigenthümer ein neuer Körper gebildet wurde; so ist dieser beyden gemeinschaftlich, fr. 7. §. 8. D. XLI. 1. Buchholtz betrachtet in s. Versuchen I. S. 127. diesen Fall vor m nur als eine Art der Vermischung (confusio).

n) §. 25. J. II. 1. „Ut ecce vas conflatum potest ad rudem materiam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem vel oleum ad uvas vel olivas reverti non potest.“

nn) Denn er muß nach allgemeinen Grundsätzen als Dieb betrachtet werden, fr. 1. §. 3. D. XLVII. 2. *de furt.* — §. 6. J. IV. 1. *de obl. quae ex delict.* — §. 3. in fin. J. II. 6. *de usuc.*, und von einem Diebe kann man auch die entwendete, in eine neue umgewandelte, Sache zurückfordern, fr. 4. §. 20. D. XLI. 3. *de usucap.* — fr. 14. §. 3. D. XIII. 1. *de cond. furt.* — fr. 12. §. 3. D. X. 4. *ad exhib.* W. Sell in s. Versuchen I. S. 194.

o) fr. 25. fr. 27. §. 1. D. XLI. 1.

Digitized by Google

Die Vermengung trockener Gegenstände heißt *commixtio*, die Vermischung flüssiger *confusio* oo), aber beyde bilden der Regel nach keine besondere Erwerbungsart; denn wenn durch dieselben das Eigenthum der vermengten oder vermischten Sachen übertragen wird, so enthalten sie größtentheils eine Übergabe, oder eine Specification, wie aus folgender Darstellung erhellen wird.

Was zuerst die Vermischung flüssiger Sachen betrifft; so können die Eigenthümer der vermischten Materien ihren Antheil vindiciren, wenn eine Sonderung möglich ist p). Wurde die Vermischung mittelst wechselseitiger Einwilligung unternommen; so entsteht ein Miteigenthum nach den Bedingungen des Vertrages q). Werden Flüssigkeiten verschiedener Gattung von Jemanden ohne wechselseitige Einwilligung vermischt, so hat eine Specification Statt, und der Urheber derselben erlangt nach den oben angegebenen Grundsätzen das Eigenthum der neuen Sache r). Die Vermischung ist also nur dann eine eigenthümliche Erwerbungsart des Eigenthumes, wenn gleichartige Sachen verschiedener Eigenthümer entweder zufällig, oder durch die Thathandlung eines derselben ohne Einwilligung des andern so vermischt

oo) Es ist aber nicht zu läugnen, daß in den Quellen diese beyden Ausdrücke vermischt gebraucht werden, fr. 5. pr. §. 1. D. VI. 1. *de rei vind.* — fr. 7. §. 8. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.*, Buchholtz in s. Versuchen I. N. 10., auch behauptet dieser Gelehrte, daß bey der Vermengung sowohl, als bey der Vermischung ganz gleiche Grundsätze gelten, welches wohl der Regel nach wahr ist; allein bey der Vermengung kann nie eine ganz neue species entstehen, und der am Ende dieses §. angeführte Fall kann nicht immer nach den Grundsätzen der confusio beurtheilt werden, da die Lämmer, welche der Fruchtnießer bey der Herde ersetzt, in das Eigenthum des Proprietars übergehen, wenn sie auch von den ursprünglichen Lämmern unterschieden werden können.

p) fr. 12. §. 1. D. XLI. 1.

q) §. 28. J. II. 1. — fr. 5. pr. D. VI. 1. Hier hat also eine wechselseitige Übergabe Statt.

r) fr. 5. §. 1. D. VI. 1. Außer es könnte die neue Sache in die frühere Gestalt zurückgebracht werden. Vergl. auch die unter p. citirte Stelle.

Digitized by Google

wurden, daß sie nicht gesondert werden können, oder wenn verschiedenartige Materien zufällig vermischt wurden; denn in beyden Fällen entsteht ein neues Miteigenthum, welches den Einzelnen nach Verhältniß ihres früheren Alleineigenthumes zukommt s). Bey der Vermengung trockener Sachen entsteht ebenfalls entweder ein Miteigenthum durch Übergabe, wenn die Vermengung mit wechselseitiger Einwilligung der Eigenthümer der vermengten Sachen geschah, oder die einzelnen Sachen können vindicirt werden, wenn eine Trennung möglich ist; können sie aber nicht getrennt werden, so muß der Richter nach billigem Ermessen jedem der Interessenten einen bestimmten Theil zusprechen t). Daher kann die Vermengung nur in folgenden Fällen, als eine besondere Erwerbungsart des Eigenthums betrachtet werden: 1) Ist fremdes Geld, womit uns Jemand bezahlte, mit dem unsrigen so vermengt worden, daß es sich nicht von einander unterscheiden läßt, so erwerben wir durch die Vermengung das Eigenthum des Geldes u), und 2) erwirbt der Herr einer Herde das Eigenthum der Thiere, welche der Nutznießer an die Stelle der verzehrten setzte w) (§. 283. b.).

§. 211.

Grundsätze über den Ersatz des Schadens, welcher Andern durch den Zuwachs zugefügt wurde.

Wenn Jemand durch Zuwachs eine fremde Sache erwirbt, so ist in den meisten Fällen der Schade, den dadurch der Eigenthümer derselben erleidet, zu ersetzen, worüber folgende Grundsätze zu bemerken sind: 1) Wenn derjenige, der das Eigenthum einer fremden Sache erwirbt, selbst Urheber des Zuwachses ist, wie es beym Bauen, beym Säen und Pflanzen,

s) fr. 3. §. 2. fr. 4. D. VI. 1.
t) §. 28. J. II. 1. — fr. 5. pr. D. VI. 1.
u) fr. 78. D. XLVI. 3. *de solut.*
w) fr. 69. 70. D. VII. 1. *de usufr. et quemadm.*

Digitized by Google

bey der Adjunction, Specification und Vermischung der Geldstücke geschehen kann; so muß er immer dem Andern den Schaden ersetzen, und zwar, in so weit er bereichert wurde, wenn er im guten Glauben war: handelte er aber unredlich; so hat er das volle Interesse zu leisten a). 2) Ist durch den Eigenthümer der Nebensache auf redliche Weise der Zuwachs entstanden, so hat er, so lange er im Besitze der Sache ist, das Retentionsrecht b) (§. 182. vor e), nach verlorenem Besitze aber nur bey der Adferrumination aus Billigkeit eine *actio in factum* c); handelte er aber unredlich, so verliert er schlechter-

a) §. 26. J. II. 1. — fr. 23. §. 4. D. VI. 1. Von dem Bauen ist noch zu bemerken, daß dem Eigenthümer des Materials, wenn ein Anderer mit demselben auf seinem Grunde ein Gebäude aufführte, gegen diesen die actio de tigno juncto zur Erlangung des doppelten Werthes des Materials zustehe, §. 29. J. II. 1. — fr. 6. 7. pr. D. X. 4. *ad exhib.* — fr. 1. D. XLVII. 3. *de tigno juncto.* Hat er das Doppelte erhalten; so kann er dessenungeachtet, wenn das Gebäude zusammenstürzte, auch noch das Material vindiciren, wenn der Bauende unredlich verfahren ist; denn die Zahlung des doppelten Werthes ist nur als Strafe des Diebstahls zu betrachten, fr. 2. D. XLVII. 3. — §. 19. J. IV. 1. *de oblig. quae ex delict.* Anders verhält es sich, wenn der Eigenthümer des Grundes im guten Glauben war, denn dieser wird so betrachtet, als wenn er durch die Zahlung des doppelten Werthes das Material gekauft hätte. Hat aber der Eigenthümer des letzteren den doppelten Preis nicht erhalten; so kann er dasselbe im Falle, als das Gebäude zusammenstürzt, noch immer vindiciren, ohne daß ihm die Einrede der Verjährung wegen des durch die Verjährungszeit besessenen Hauses entgegengesetzt werden könnte, fr. 23. §. 6. 7. D. VI. 1. — fr. 7. §. 10. 11. D. XLI. 1. — fr. 23. §. 2. D. XLI. 3. *de usurp.*

b) §. 30. 32. 33. 34. J. II. 1. — fr. 23. §. 4. D. VI. 1.

c) fr. 23. §. 4. 5. D. VI. 1. — fr. 14. D. XII. 6. *de condict indeb.* Vergl. Sell in s. Versuchen I. S. 33. in dem Aufsatze: „Niemand darf sich mit dem Schaden eines Andern bereichern", wo dieser Grundsatz außer den Rechtsgeschäften, bey welchen die Klage aus dem Rechtsgeschäfte selbst Statt hat, und außer den Fällen eines speciellen Rechtsgrundes, wie bey widerrechtlichen Handlungen, als allgemein und zwar in dem Grade geltend durchgeführt wird, daß wegen der Bereicherung eines Andern durch unser Vermögen nicht nur die retentio oder exceptio doli, sondern auch eine Klage gegeben werde. Nur für den Fall der Verwendungen auf eine völlig fremde oder mit Andern gemeinschaftliche Sache in der Meinung, sie sey eine eigene, sprechen die Gesetze

Digitized by Google

dings das Eigenthum seiner Sache d), außer es könnte die Verbindung seiner Sache mit der Hauptsache als ein nothwendiger Aufwand betrachtet werden, denn dieser wäre ihm zu ersetzen e). 3) Wurde die Verbindung von einem Dritten vorgenommen, der weder Eigenthümer der Haupt- noch der Nebensache ist, und der auch von keinem derselben einen Auftrag erhielt, so muß nach der Analogie zwischen diesem Dritten und dem Eigenthümer der Hauptsache der unter 2. angeführte Grundsatz in Anwendung gebracht werden; der frühere Eigenthümer der accessorischen Sache kann von dem Urheber des Zuwachses, wenn dieser unredlich handelte, das volle Interesse, sonst aber nur

---

das Klagerecht ab, und ertheilen bloß die Retention. — Doch gerade aus dem Grunde, weil bey Verwendungen auf eine fremde Sache nur ein Retentions-Recht gegeben wird, glauben wir, Sell befinde sich in einem Widerspruche, wenn er diesen Grundsatz annimmt, und doch das fr. 23. §. 5. D. VI. 1. nicht bloß auf die Adferrumination beschränkt, sondern auf alle Fälle der Accession ausdehnt (S. 91.); denn was ist es anders, als Accession, wenn Jemand auf einem fremden Grunde baut, säet oder pflanzt, in der Meinung, es sey sein eigener, oder wenn Jemand auf fremdem Papier schreibt, in der Meinung, es sey sein eigenes, und doch gewähren hier die Gesetze nach Sells eigenem Geständnisse (S. 132. N. 1.) nur ein Retentions-Recht, fr. 14. D. XLIV. 4. *de except. doli mal.* — c. 11. C. III. 32. *de rei vind.* — §. 30. 32. 33. J. II. 1. *de rer. div.* Etwas Besonderes ist, daß der Eigenthümer des Stoffes, auf welchem ein Anderer mahlte, wenn der Mahler ihm den Schaden ersetzen will, utiliter das Ganze vindiciren kann, wenn er den Preis des Gemähldes bezahlt, fr. 9. §. 2. D. XLI. 1. in den Worten: „utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat.“ Anders erklärt dieses Fragment Marezoll in Grolmans und Löhrs Mag. IV. 2. und 3. S. 366—370.

d) §. 30. J. II. 1. — fr. 7. §. 12. D. XLI. 1.

e) c. 5. C. III. 32. *de rei vind.* Hat Jemand mit seinem Material auf fremden Grunde gebaut, so gelten die nähmlichen Grundsätze; aber es kann nach Zerstörung des Gebäudes sowohl derjenige, welcher im guten Glauben, als auch der, welcher unredlich den Bau vornahm, sein Material vindiciren, außer der Bau wäre in der Absicht, das Material zu schenken, unternommen worden, fr. 7. §. 2. D. XLIV. 2. *de except. rei jud.* — c. 2. C. III. 32. *de rei vind.* Man vergl. Mühlenbruch II. §. 365. am Ende. Anders erklären die Sache v. Wening I. 2. §. 56. und Warnkönig I. N. 224. b.

Digitized by Google

das begehren, was jener Dritte selbst von dem Eigenthümer der Hauptsache erhielt f). 4) Hat endlich der Zuwachs im Zufalle seinen Ursprung, wie z. B. beym abgerissenen Lande, so glauben ebenfalls Viele, daß dem früheren Eigenthümer nach dem Grundsatze: „nemo locupletior fieri debet cum damno alterius“ g) der Schade ersetzt werden müsse, aber ausdrückliche Gesetze fehlen hierüber gänzlich h).

§. 212.

C.

Von der Separation und Perception der Früchte.

Kommen Früchte aus der eigenen Sache hervor, so gehören sie dem Eigenthümer nach dem Rechte des Zuwachses (§. 208.); will aber Jemand Früchte aus einer fremden Sache erwerben, so können sie nicht als Zuwachs betrachtet werden, daher bildet ihre Separation oder Perception eine besondere Erwerbungsart a), und es erlangen auf diese Weise das Eigenthum von Früchten der Erbpächter, der antichretische Pfandgläubiger, der Nutznießer, der Pächter, endlich der Käufer und der Geschenknehmer hängender Früchte. Der Erbpächter und der antichretische Pfandgläubiger erwerben das Eigenthum durch die bloße Trennung b),

f) fr. 14. D. XII. 6. *de condict. indeb.* — fr. 23. §. 4. D. VI. 1. Kaufmann II. §. 89. am Ende.

g) fr. 14. D. XII. 6. *de condict. indeb.*

h) Aus dieser Ursache und weil die Gesetze von einer Entschädigungspflicht nur bey der künstlichen Accession sprechen, läugnet dieselbe im gegebenen Falle neuestens Guyet in s. Abh. aus dem Gebiethe des Civil-Rechts, Heidelberg 1829, womit auch dessen Recensenten in Schuncks Jahrb. XI. 3. S. 249. und XII. 1. S. 48. einverstanden sind. A. M. ist Thibaut in Brauns Erört. S. 508., so wie Sell in s. Versuchen I. S. 94.

a) Kritische Zeitschrift. Tübing. II. 2. S. 203. am Ende.

b) fr. 25. §. 1. in fin. D. XXII. 1. *de usur.* Nach der Analogie muß das, was wir von dem Erbpächter sagten, auch von dem antichretischen Pfandgläubiger gelten, denn beyde sind Besitzer einer fremden Sache im eigentlichen Sinne. Nicht entgegen ist fr. 11. §. 1. D. XX. 1. *de pignor.*

Digitized by Google

die übrigen aber nur durch Perception, d. i. durch einen besonderen Act, den sie in der Absicht, die Früchte zu erwerben, unternehmen c); nur die Früchte von den Thieren, welche sie innehaben, erwerben sie durch die bloße Trennung d). Auch der redliche Besitzer erlangt durch die Separation das Eigenthum der Früchte e), doch ist er verpflichtet, sie dem Eigenthümer, wenn er seine Sache vindicirt, zurückzustellen, wenn er sie noch nicht verzehrt hat f).

§. 213.

D.

Von der Übergabe, ihren Erfordernissen und Wirkungen.

Die Übergabe (*traditio*) ist im weiteren Sinne die Übertragung des Besitzes auf einen Andern a); im eigentlichen Sinne,

c) §. 36. J. II. 1. — fr. 12. §. 5. D. VII. 1. — fr. 13. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. amittit.* — fr. 16. pr. D. XIX. 5. *de praescript. verb. act.* — fr. 61. §. 8. D. XLVII. 2. *de furtis.*

d) §. 37. J. II. 1. — fr. 28. pr. D. XXII. 1. *de usur.*

e) fr. 13. in fin. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. am.* — fr. 25. §. 1. in fin. D. XXII. 1. *de usur.* — fr. 48. pr. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.* Daß die gewöhnliche Meinung, nach welcher der redliche Besitzer die Früchte durch dreyjährigen Besitz ersitzen soll, unrichtig sey, geht schon daraus hervor, daß die Früchte sogleich durch Separation in das Eigenthum des redlichen Besitzers übergehen, und folglich als eigene Sache nicht mehr ersessen werden können.

f) §. 35. J. II. 1. — fr. 4. §. 2. D. X. 1. *fin. reg.* — fr. 1. §. 2. D. XX. 1. *de pign.* — Vergl. auch fr. 4. §. 19. D. XLI. 3. *de usurp.* und fr. 48. §. 5. 6. D. XLVII. 2. *de furtis.* Man sehe Warnkönig I. N. 242. und *F. Eckenberg* dissertatio de Publiciana actione, et unde bonae fidei possessor fructus consumtos suos faciat. Lips. 1821, S. 56. bis ans Ende, ferner *F. G. Backe* bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. — Eine neue Lehre über die von dem redlichen Besitzer zu erwerbenden Früchte stellt Unterholzner im Archiv für C. Prax. VIII. 3. N. 13. dar; wer sie in Kürze kennen zu lernen wünscht, vergleiche in der Zeitschr. f. Österr. Rechtsgelehrsamkeit vom Dr. und Pr. Wagner, 1826. XII. Heft, S. 511. des Notizenblattes. Man sehe aber dagegen Schuncks Jahrbücher, II. 3. S. 237. III. 1. S. 47. und Tübinger krit. Zeitschr. II. 2. S. 190.

a) In §. 44. J. II. 1. — fr. 9. §. 5. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.* bedeutet es bloß die Übertragung der Innehabung; in §. 7. J. IV.

Digitized by Google

in welchem wir das Wort hier nehmen, ist sie die Übertragung des Besitzes auf einen Andern in der Absicht, daß er das Eigenthum an der übertragenen Sache erwerbe b). Die Übergabe kann auf vielerley Weise geschehen, wie aus dem bekannt ist, was wir in der Lehre vom Besitze (§. 185. und 187. am Ende) sagten. Damit aber durch die Übergabe das Eigenthum auf einen Andern übergehe, ist nebst der Übertragung von einer, und der Annahme oder physischen Ergreifung von der andern Seite noch erforderlich, I. daß der Übergeber Eigenthümer sey c); denn ein Anderer kann nur dann eine fremde Sache gültig übergeben, wenn er vom Eigenthümer selbst den Auftrag dazu erhielt, wie der Bevollmächtigte d), oder wenn er nach dem Gesetze dazu berechtigt ist, wie Vormünder und Curatoren e) oder die Richter bey der Execution des Urtheils f), endlich der Fiscus, welcher auch das Eigenthum einer fremden von ihm übergebenen Sache auf den Empfänger überträgt; denn der frühere Eigenthümer hat gegen den Empfänger kein Verfolgungsrecht, sondern nur eine persönliche Klage gegen den Fiscus, welche nach 4 Jahren erlischt g); II. daß der Eigenthümer freyes Verfügungsrecht habe h); III. daß die Übergabe in der Absicht geschehe, damit der Andere das Eigenthum der übergebenen Sache erwerbe i); daher muß eine rechtmäßige Ursache *(justa causa)* k) der Übergabe vorausgegangen seyn, welche in einem Ge-

6. *de act.* — fr. 1. pr. D. XIII. 7. die Übertragung des wirklichen Besitzes.

b) §. 40. J. II. 1. — fr. 9. §. 3. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.*

c) Nach dem bekannten Grundsatze: „nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.“ fr. 54. D. L. 17. *de regul. jur.*

d) §. 43. J. II. 1.

e) C. V. 71. 72.

f) fr. 15. D. XLII. 1. *de re judicata.*

g) c. 2. pr. c. 3. C. VII. 37. *de quadrienn. praescr.*

h) §. 2. J. II. 8. *quibus alienare licet, vel non.* — fr. 6. D. XLV. 1. *de verb. oblig.*

i) §. 40. J. II. 1. — fr. 9. §. 3. D. XXIII. 3. *de jur. dot.*

k) Warnkönig im Arch. für Civ. Prax. VI. 1. über den Begriff der justa causa.

Digitized by Google

schäfte oder in einer Thathandlung besteht, durch welche der Eigenthümer den Willen, das Eigenthum seiner Sache einem Andern zu überlassen, an den Tag legt l). Aus dieser Erklärung der *justa causa* erhellet, daß das Eigenthum durch Übergabe nicht nur bey den gewöhnlichen Veräußerungsarten, wie bey der Schenkung, dem Kaufe und dergl. m), sondern auch dann auf den Empfänger übergehe, wenn er durch Betrug die Übergabe bewirkte n), oder wenn beyde Contrahenten ein anderes, die Übertragung des Eigenthumes bezweckendes Geschäft im Sinne hatten o), und in anderen ähnlichen Fällen p), wo der Überge-

l) Die gewöhnliche Definition der justa causa ist zu enge, als daß man sagen könnte, sie entspreche den Quellen. Man vergl. fr. 1. §. 3. fr. 5. D. XII. 7. — fr. 36. D. XLI. 1. — c. 6. C. IV. 50.; nicht entgegen ist fr. 31. pr. D. XLI. 1., denn Paulus, der auch in anderen Stellen zuweilen dunkel ist, wollte wahrscheinlich nichts anderes sagen, als daß durch die bloße Übergabe das Eigenthum nicht übertragen werde, wenn nicht zugleich die Absicht des Eigenthümers, dasselbe an einen Andern zu überlassen, vorhanden war. Man sehe Warnkönig in der angeführten Abhandl. S. 130.

m) Wenn aber eine Sache aus dem Grunde des Verkaufes auf Jemanden übertragen wird; so erhält der Käufer durch die bloße Übergabe das Eigenthum noch nicht, sondern er muß entweder den Kaufpreis bezahlt haben, oder er muß ihm creditirt worden seyn, §. 41. J. II. 1. — fr. 19. 53. D. XVIII. 1. *de contr. emt.*

n) fr. 7. pr. D. IV. 3. *de dolo malo.* — c. 10. C. IV. 44. *de rescind. vend.*

o) fr. 36. D. XLI. 1. „Si ego pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi et accipiendi dissenserimus.“ Das Entgegengesetzte sagt Ulpian im fr. 18. pr. D. XII. 1. *de reb. cred.* Die erste Meinung, welche Julian vorträgt, war allgemein angenommen, wie aus dem Worte constat erhellet; Ulpian hat aber seine Privatmeinung ausgedrückt: puto etc. Vergl. Glück Comm. VIII. S. 121.

p) Warnkönig I. N. 236. — Daher hindert die Wirkung der Übergabe weder ein Irrthum in dem Grunde des Empfangens oder Übergebens, wenn nur von der einen Seite der Wille, das Eigenthum anzunehmen und von der andern die Absicht, dasselbe zu übergeben, vorhanden ist, noch auch ein Irrthum in der Person, fr. 15. §. 1. D. XII. 6. *de condict. indeb.* — C. IV. 50. *si quis alteri vel sibi.* — v. Wening I. S. 227. Aber 1) ein Irrthum in dem Gegenstande, wenn nähmlich eine andere Sache übergeben wird, als hätte übergeben werden sollen, bewirkt, daß ungeachtet der Übergabe kein Eigenthum übertragen wird, fr 34.

Digitized by Google

ber das Eigenthum seiner Sache verliert, und dieselbe nur condiciren (§. 109.) kann. Wenn aber die Veräußerung nach dem Gesetze gewissen Personen absolut verbothen ist, wie den Pupillen (§. 166. vor q), oder doch unter gewissen Rücksichten, wie dem Manne die Veräußerung des *fundus dotalis* (§. 558.), dem Gatten die Schenkung an den andern Gatten (§. 552.); so hat die Übergabe gar keine Wirkung. Endlich ist IV. auch von Seite des Empfängers die Absicht, Eigenthum zu erwerben, erforderlich q). Will Jemand durch einen Bevollmächtigten erwerben, und der Übergeber wurde nicht in Kenntniß gesetzt, daß der Übernehmer nur ein Bevollmächtigter ist, so erwirbt der Vollmachtgeber das Eigenthum erst dann, wenn ihm die Sache zugestellt wird r); wurde aber dem Procurator auf den Nahmen des Vollmachtgebers die Sache übergeben, so erwirbt dieser auch gegen sein Wissen auf der Stelle das Eigenthum s), und dieser Wille des Übergebers überwiegt die Absicht des Bevollmächtigten, wenn dieser vielleicht für sich oder für einen Andern das Eigenthum erwerben wollte t). Ist die Übergabe ge-

---

pr. D. XLI. 2. *de a. v. a. p.* — fr. 2. §. 6. D. XLI. 4. *pro emtore.* Soll aber das Eigenthum durch einen Bevollmächtigten erworben werden; so schadet ein Irrthum im Gegenstande erst dann, wenn sowohl der Vollmachtgeber, als der Bevollmächtigte im Irrthume befangen sind, fr. 34. §. 1. D. XLI. 2. 2) Ein Irrthum im Eigenthumsrechte hindert ebenfalls die Wirkung der Übergabe, d. i. wenn Jemand, der im fremden Nahmen die Übergabe vornimmt, seine Sache als eine fremde übergab, oder wenn er seine Sache als eine fremde zu übergeben befahl, fr. 35. D. XLI. 1. — fr. 15. §. 2. D. XVIII. 1. *de contr. emt.* — fr. 3. §. 8. D. XII. 4. *de condict. causa data, non secut.* Doch kann demjenigen, der nach dem Auftrage eines Andern seine Sache aus Irrthum veräußerte, wenn er dieselbe vindiciren will, die exceptio doli entgegengesetzt werden, fr. 49. D. XVII. 1. *mandati.*

q) fr. 55. D. XLIV. 7. *de oblig.* Vergl. auch §. 187. Note f.

r) fr. 1. §. 20. D. XLI. 2.

s) fr. 13. pr. fr. 20. §. 2. fr. 65. pr. D. XLI. 1.

t) fr. 13. D. XXXIX. 5. *de donat.* „Nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit: nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.“ Nicht entgegen ist fr. 37. §. 6. D. XLI. 1., denn da festgesetzt ist,

hörig geschehen, so erwirbt der Empfänger das Eigenthum in der Art, wie es bey dem Übergeber war, wenn nichts anderes ausgemacht wurde u), oder die bisher vielleicht bestandene Beschränkung durch eine nun erfolgte *confusio* wegfiel.

§. 214.

E.

Von der Ersitzung.

Historische Beleuchtung dieses Institutes a).

Zuerst wurde die Ersitzung durch die Zwölf-Tafel-Gesetze eingeführt b), und man verstand darunter die Erwerbung des Civil-Eigenthums durch die Fortsetzung des Besitzes binnen der durch die Gesetze festgesetzten Frist. Bey beweglichen Sachen reichte der Besitz von einem Jahre, und bey unbeweglichen von zwey Jah-

daß der Besitz auf denjenigen, der ihn erwerben will, ungeachtet des Betruges des Procurators übergehe; so fordert es die Consequenz, zu behaupten, daß er auch das Eigenthum erwerbe. Man sehe §. 187. Note e.

u) fr. 20. §. 1. D. XLI. 1.

a) J. II. 6. *de usucap. et longi temporis possess.* — D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.* — C. VII. 30. 31. 33. 35. 38. — *Gaji* Comm. II. §. 41 — 62. Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. — G. G. Dabelow über die Verjährung. Halle 1805 und 1807. — K. A. D. Unterholzner die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815. — Desselben ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. II. Bd. Leipzig 1828. Überhaupt nennt man Verjährung (praescriptio) den Verlust eines Rechtes vermöge der unterlassenen Ausübung desselben während der durch das Gesetz bestimmten Zeit. Wird durch dieselbe nur das bewirkt, daß Jemand von dem Rechte eines Andern befreyt wird, so heißt sie Extinctiv-Verjährung (praescriptio extinctiva §. 112.); geht aber dieses Recht, welches von einer Seite verloren wird, zugleich auf einen Andern über, so heißt dieß Ersitzung (usucapio, praescriptio adquisitiva). Beyde sind durch die Civilgesetze vorzüglich aus der Ursache eingeführt worden, daß den Prozessen ein Ende gemacht, und die Eigenthumsrechte gesichert werden, pr. J. II. 6. — fr. 1. D. XLI. 3. — fr. 5. pr. D. XLI. 10. *pro suo.*

b) *Gaji* II. §. 42.

Digitized by Google

ren hin, und es wurde dadurch nicht nur das Eigenthum, welches sonst Jemand nicht gehabt hätte, erworben; sondern auch das natürliche Eigenthum ging in das *dominium ex jure Quiritium* (§. 199.) über. Diese Ersitzung erstreckte sich aber nicht auf die unbeweglichen Güter außer Italien, nicht auf gestohlene Sachen c), ferner weder auf das *forum bustumve*, noch auf den Raum von 5 Fuß zwischen den Äckern d). Da auf diese Weise die Ersitzung beschränkt war, so wurde vorzüglich wegen der Güter außer Italien die *exceptio longi temporis* eingeführt, wodurch derjenige, welcher eine Sache redlich und aus einem rechtmäßigen Titel erhielt, und durch lange Zeit im Besitze hatte, sich gegen den Eigenthümer, wenn er dieselbe vindiciren wollte, schützen konnte. Da nach altem Rechte die Einreden sowohl als die Klagen in eine gewisse Formel einzukleiden waren, und nach dieser Formel dem Beklagten und dem Richter von dem Prätor vorgeschrieben wurden (*praescribebantur*); so erhielt diese Einrede den Nahmen: *exceptio praescriptionis* e), welche dann von den Kaisern auf mancherley Weise modificirt wurde. Denn da sie sich Anfangs nur auf unbewegliche Sachen bezog, so wurde sie später durch kaiserliche Rescripte auch auf die beweglichen ausgedehnt f). Da ferner die Verjährungszeit ursprünglich unbestimmt war, so wurde sie auf 10 oder 20 Jahre festgesetzt; auf 10 Jahre, wenn der wahre Eigenthümer und der Verjährende in der nähmlichen Provinz ihren Wohnsitz hatten (*inter praesentes*); auf 20 Jahre, wenn ihr Domicil

c) *Gaji* II. §. 45. et seq.

d) §. 273. Röm. Rechtsgeschichte von Albert Schweppe. Göttingen 1822.

e) Allein später scheint demjenigen, der durch die exceptio praescriptionis geschützt war, auch eine Klage, nähmlich die Publicianische (§. 225.), zugestanden worden zu seyn, c. 8. pr. in fin. C. VII. 39. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* — Das fr. 13. §. 1. D. XII. 2. *de jurejur.* gehört nicht hieher, Unterholzner im angeführten Werke 1828, §. 174.

f) fr. 9. D. XLIV. 3. *de div. tempor. praescr.*

sich in verschiedenen Provinzen befand *(inter absentes)* g). Endlich bestimmte Justinian gleiche Fristen sowohl für die Ersitzung, als für die Verjährung, nähmlich von 3 Jahren bey beweglichen, und von 10 oder 20 Jahren bey unbeweglichen Sachen nach dem angegebenen Unterschiede, sobald Jemand redlich und rechtmäßig den Besitz einer Sache erlangte, und dieser nicht unterbrochen wurde h); ferner gab er sowohl aus der Ersitzung, als aus der Verjährung volles und gesetzliches Eigenthumsrecht i). Zu dieser ordentlichen Verjährungszeit (*praescriptio ordinaria*) fügte er noch eine außerordentliche (*extraordinaria, longissimi temporis*) hinzu, vermöge welcher derjenige Eigenthümer wird, der eine Sache, die aus irgend einem Hindernisse der ordentlichen Verjährung nicht unterworfen ist, durch 30 oder 40 Jahre im Besitze hatte.

§. 215.

Gemeinschaftliche Erfordernisse zur ordentlichen sowohl, als außerordentlichen Ersitzung.

Die gemeinschaftlichen Erfordernisse der ordentlichen sowohl, als außerordentlichen Ersitzung sind folgende: I. Ein Gesetz, worauf sie sich gründet, denn da die Ersitzung aus natürlichen Rechtsgrundsätzen nicht hergeleitet werden kann, so bedarf es in einzelnen Fällen der Berufung auf das Gesetz, worauf sie sich grün-

g) Und gewiß schon zu den Zeiten des Paulus, fr. 76. §. 1. D. XVIII. 1. *de contr. emt.*

h) pr. J. II. 6. — c. un. C. VII. 31. *de usucap. transform.*

i) c. un. C. VII. 25. *de nudo jure Quirit. toll.* Alle Rechte, welche Fremden an der ersessenen Sache (jura in re) zustanden, wie das Pfandrecht, die Dienstbarkeiten, hören gänzlich auf, wenn der Ersitzende die Sache als frey besaß, nach dem bekannten: tantum praescriptum, quantum possessum, fr. 4. §. 29. D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.* — c. 1. C. VII. 36. *si adversus creditor.*; doch persönliche Verpflichtungen (obligationes), welche Jemanden hinsichtlich der ersessenen Sache obliegen, erlöschen durch die Ersitzung oder Verjährung nicht, c. 1. C. VII. 36. — c. 3. C. VII. 34. *in quibus caus. cessat longi temp. praescr.* — c. 5. C. VII. 35. *quibus non objicitur l. t. pr.*

Digitized by Google

det a). II. Eine ersitzungsfähige Sache. Durchaus der Ersitzung nicht unterworfen sind die Allen gemeinschaftlichen Sachen, die Sachen göttlichen Rechtes, die Freyheit des Menschen b) und die Majestätsrechte c). III. Der ununterbrochene redliche Besitz der zu ersitzenden Sache. Die Ersitzung wird zwar nicht durch die Änderung des Besitzes d), wohl aber durch den Verlust des Besitzes (*usurpatio naturalis*) e), oder durch Anstrengung einer Klage von Seite desjenigen, gegen den die Ersitzung läuft, und Mittheilung derselben an den Beklagten (*usurpatio civilis*) f) unterbrochen, jedoch im letzteren Falle nur unter der Bedingung, wenn der Kläger aus dem Streite als Sieger hervorgeht; denn verliert er den Proceß, so schadet die angestrengte Klage dem Besitzer keineswegs g). Welches Mittels man sich statt einer Klage gegen Abwesende zu bedienen habe h), und daß die Ersitzung durch außergerichtliche Mahnung nicht unterbrochen werde, haben wir schon an einem andern Orte auseinandergesetzt i). Aus der Eingangs III. erwähnten Redlichkeit folget, daß auch

a) Unterholzner im ang. Werke 1828, §. 25.
b) §. 1. J. II. 6. — fr. 9. D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.* — c. 3. C. VII. 22. *de l. t. praescr., quae pro lib.*
c) c. 6. C. VII. 39. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.*
d) fr. 18. §. 1. D. VII. 6. *quemad. servit. amitt.* — fr. 14. §. 1. D. XLIV. 3. *de divers. temp. praescript.* Vergl. diesen Paragr. gegen das Ende zu.
e) fr. 5. D. XLI. 3. — fr. 7. §. 4. D. XLI. 4. *pro emtore.* — fr. 5. D. XLI. 6. *pro donato.*
f) c. 10. C. VII. 33. *de praescr. long. temp.* — c. 3. C. VII. 40. *de annali except.* — c. 2. C. III. 19. *ubi in rem act.*, wodurch das ältere Recht, welches in fr. 17. in fin. D. VI. 1. *de rei vind.* — fr. 2. §. 21. D. XLI. 4. *pro emt.* vorkommt, abgeschafft wurde. Vergl. §. 112. N. o. Übrigens wird durch die Civil-Usurpation die Ersitzung nur in Beziehung auf den Kläger, nicht aber auf dritte Personen unterbrochen, fr. 5. D. XLI. 3. *de usurp.* — fr. 18. D. VI. 1. *de rei vind.* — Buchholtz meint in s. Vers. I. N. 11., daß auch nach dem neuesten Rechte nicht einmahl die litis contestatio die Eigenthumsersitzung unterbreche, er nahm aber auf die wichtige c. 2. C. III. 19. keine Rücksicht.
g) fr. 2. D. XLI. 6. *pro donato.*
h) §. 112. Not. q.
i) §. 112. Not. p.

Digitized by Google

IV. der gute Glaube (*bona fides*) nothwendig ſey, welcher in der Meinung des Beſitzers beſteht, daß er die Sache auf eine rechtmäßige Weiſe erworben, und das Eigenthum derſelben erhalten habe k). Der gute Glaube beruht daher auf einem Irrthume, wenn Jemand das Mangelhafte ſeiner Erwerbung nicht kennt; doch muß der Irrthum ein Thatirrthum, und zwar ein ſolcher ſeyn, welcher Entſchuldigung verdient; denn der wird für einen unredlichen Beſitzer gehalten, welcher aus zu großer Nachläßigkeit irrt, oder in einem Rechtsirrthume ſchwebt l). Nicht minder wird derjenige für unredlich gehalten, welcher zweifelt, ob er einen rechtmäßigen Erwerbungsgrund habe oder nicht m), oder welcher glaubt, es walte ein anderes Hinderniß ob, als wirklich vorhanden iſt n). Wenn aber kein Erwerbungshinderniß da iſt, ſo ſteht die Unredlichkeit der Erwerbung des Eigenthums nicht entgegen, da die Wirklichkeit der bloßen Meinung vorgezogen wird o). Der gute Glaube wird im Zweifel vermuthet p), und es iſt hinreichend, wenn er beym Beginne der Beſitzergreifung vorhanden iſt, indem das ſpätere Bewußtſeyn der Unredlichkeit nicht ſchadet (*mala fides superveniens non nocet*) q); nur derjenige, welcher aus dem Rechtsgrunde des Kaufes erſitzen will, muß ſowohl im Augenblicke des eingegangenen Kaufvertrages, als auch zur Zeit der Erwerbung des Beſitzes ſich im guten Glauben befinden r). Wer ſich eine theil-

k) fr. 109. D. L. 16. *de verb. sign.* — C. A. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bey der Verjährung. Erlang. 1820.
l) fr. 4. fr. 9. §. 2. D. XXII. 6. *de juris et facti ignor.* — fr. 31. pr. fr. 32. §. 1. D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.* — fr. 2. §. 15. D. XLI. 4. *pro emtore.*
m) c. 10. C. VII. 32.
n) fr. 32. §. 1. D. XLI. 3.
o) fr. 9. §. 4. D. XXII. 6. *de juris et facti ignor.* Vergl. §. 87. I. 3.
p) c. 30. C. VIII. 45. *de evict.*
q) fr. 43. pr. fr. 48. D. XLI. 3. — c. un. C. VII. 31. *de usucap. transform.*
r) fr. 48. D. XLI. 3. — fr. 2. pr. D. XLI. 4. *pro emtore.* — fr. 7. §. 16. 17. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.*; nicht entgegen iſt fr. 10. pr. D. XLI. 3.

Digitized by Google

bare Sache anschaffte, und weiß, daß ein Theil davon seinem Vormanne nicht gehört, kann die übrigen Theile ersitzen; weiß er aber nicht, welcher Theil fremdes Eigenthum ist, so hat gar keine Ersitzung Statt s). Wenn Jemand durch einen Bevollmächtigten erwerben will, so scheint der gute Glaube sowohl von Seite des Vollmachtgebers, als des Bevollmächtigten nothwendig zu seyn t). Der gute oder böse Glaube ist auch vorzüglich dann von Wichtigkeit, wenn der Besitz durch einen Andern fortgesetzt wird, und bey der Frage, ob dem Nachfolger der gute Glaube des Vormannes nütze, oder der böse schade, ist zwischen einem Universal- und einem Particular-Nachfolger zu unterscheiden: wegen der Personeneinheit zwischen dem Verstorbenen und dem Erben setzt der Universal-Nachfolger, er mag nun eigentlicher Erbe, oder Fideicommissar oder *bonorum possessor* seyn, den vom Verstorbenen im guten Glauben angefangenen Besitz fort, wenn er auch vielleicht selbst im bösen Glauben seyn sollte; im Gegentheile, wenn der Verstorbene im bösen Glauben war, so kann der Nachfolger nicht einmahl von seiner Person den Besitz anfangen, wenn er auch nicht wissen sollte, daß das Eigenthum der Sache jemanden Andern gehöre u). Ein Singular-Nachfolger kann sich aber nur dann den Besitz seines Vorfahrers einrechnen, wenn beyde im guten Glauben sind w); denn war der Vormann ein unredlicher Besitzer, so kann eine Ersitzung beweglicher Sachen nicht Statt haben, weil sie für gestohlene zu halten sind, sobald sie von einem unredlichen Nichtei-

s) fr. 4. fr. 6. §. 1. D. XLI. 4. — fr. 43. pr. D. XLI. 2. *de a. v. a. p.* — fr. 32. §. 2. D. XLI. 3.

t) fr. 22. §. 5. D. XL. 12. *de liberali causa.* „Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque scientiam nocere Labeo putat.“ fr. 43. §. 1. D. XLI. 3. — fr. 2. §. 10. 13. D. XLI. 4.

u) §. 12. J. II. 6. *de usucap.* — fr. 2. §. 19. D. XLI. 4. *pro emtore.* — fr. 11. D. XLIV. 3. *de div. temp. praescript.*, ja die Ersitzung kann vollendet werden, wenn auch der Erbe die Erbschaft nicht antrat, fr. 30. pr. D. IV. 6. *ex quibus caus.*

w) §. 13. J. II. 6. — fr. 13. §. 6. 11. 13. D. XLI. 2. *de a. v. a. p.*

genthümer veräußert wurden x), was durch eine neuere Verordnung Justinians auch auf unbewegliche Sachen ausgedehnt wurde, die von Jemanden ohne Wissen des Eigenthümers unredlicher Weise veräußert wurden y) (Vergl. §. 219. N. 2. und 3.). V. Rechtliche Möglichkeit von Seite desjenigen, dem die Klage zusteht, diese geltend zu machen, nach dem Grundsatze: *non valenti agere nulla currit praescriptio* (§. 112.). VI. Endlich muß die gesetzmäßige Zeit verflossen seyn, die nach Verschiedenheit der Ersitzung 3, 10, 20, 30 oder 40 Jahre dauern kann (vergl. noch §. 488. Note s).

§. 216.

Besondere Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

1) Vom rechtmässigen Titel im Allgemeinen.

Der rechtmässige Titel (*justus titulus*) ist ein Grund der Besitzergreifung, aus welchem der Besitzer das Eigenthum erlangt haben würde, wenn nicht irgend ein Hinderniß entgegengestanden wäre. Der rechtmässige Titel ist also ein im Allgemeinen tauglicher Erwerbungsgrund des Eigenthums, der aber in einzelnen Fällen wegen eines entgegenstehenden Hindernisses seine Tauglichkeit verliert; so daß das Eigenthum auf den Empfänger nicht übergeht, sondern erst durch die Fortsetzung des Besitzes binnen der festgesetzten Zeit übergehen kann. Dergleichen Hindernisse sind: wenn der Übergeber selbst nicht Eigenthümer der übergebenen Sache war a), wenn er wegen Beschränkung seiner Dispositionsfähigkeit das Eigenthum nicht übertragen konnte b), oder wenn die bey einer Rechtshandlung noth-

x) §. 3. J. II. 6.
y) Nov. 119. c. 7., welche von manchen Rechtslehrern übersehen wird, indem sie nur auf das ältere Recht nach fr. 38. D. XLI. 3. Rücksicht nehmen.
a) fr. 36. D. XLI. 3. *de usurp.*
b) fr. 2. §. 16. D. XLI. 4. *pro emtore.*

Digitized by Google

wendige Form vernachlässigt wurde c). Wenn aber durch ein Rechtsgeschäft, vermöge dessen Jemand in Besitz kam, entweder nie d), oder wegen eines Prohibitiv-Gesetzes wenigstens in gewissen Fällen das Eigenthum nicht übertragen werden kann e), so fehlt der rechtmässige Titel gänzlich. Auf ähnliche Weise genügt der Regel nach die irrige Meinung, als wäre ein rechtmässiger Titel vorhanden, keineswegs, wie wenn z. B. Jemand glaubte, er habe eine Sache zum Geschenke erhalten, die aber nicht geschenkt wurde f), es müßte denn ein entschuldbarer Irrthum obwalten, wohin der Irrthum über eine fremde Thatsache gehört, z. B. wenn Jemand fälschlich glaubt, sein Sclave oder Bevollmächtigter habe eine Sache gekauft, oder zum Geschenke erhalten g), oder wenn ein Titel wohl da ist, aber der Besitzer meint, er habe die Sache aus einem andern Grunde erhalten, als er sie wirklich erhielt h); auch steht ein Irrthum der Ersitzung dann nicht entgegen, wenn sowohl der Übergeber, als auch der Empfänger wirklich glaubten, der eine, daß er die Sache übergeben müsse, und der andere, daß er ein Recht, sie

---

c) fr. 9. D. XLI. 8. *pro legato.*

d) Daher bilden der Erbpacht- der Bodenzinsvertrag, der Nießbrauch, der Leihvertrag, der Hinterlegungs- und der Miethvertrag keinen rechtmäßigen Titel.

e) So ist z. B. die Schenkung ein im Allgemeinen gültiger Rechtstitel; tritt sie aber unter Ehegatten ein, so kann wegen der gesetzlich unter ihnen verbothenen Schenkungen keine Ersitzung Statt finden, fr. 1. §. 2. D. XLI. 6. *pro donato*, eben so wenig zwischen dem Vater und dem Haussohne, fr. 1. §. 1. D. XLI. 6.

f) §. 11. J. II. 6. *de usucap.* — fr. 2. §. 6. D. XLI. 4. *pro emtore.* — fr. 1. pr. D. XLI. 6. *pro donato.* — fr. 6. D. XLI. 7. *pro derelicto.* — fr. 1—3. D. XLI. 8. *pro legato.* — c. 3. 4. C. VII. 29. *de usucap. pro hered.* — c. 4. 5. C. VII. 33. *de praesc. l. t.*

g) fr. 11. D. XLI. 4. *pro emtore.* — fr. 5. §. 1. D. XLI. 10. *pro suo.* Dadurch ist die Meinung des Celsus im fr. 27. D. XLI. 3. zu beschränken. Nie aber verdient ein Rechtsirrthum Entschuldigung, fr. 31. pr. D. XLI. 3. — fr. 2. §. 15. D. XLI. 4.

h) fr. 31. §. 6. D. XLI. 3. „Si defunctus emit, heres autem putat, eum ex donationis causa accepisse, usu eum capturum, Julianus putat."

Digitized by Google

zu empfangen habe i). Hat Jemand eine Sache unter einer aufschiebenden Bedingung erworben, so kann die Ersitzung vor ihrer Erfüllung nicht beginnen k); wurde aber dem Geschäfte eine Resolutivbedingung beygefügt, so hindert diese die Ersitzung nicht, ohne daß dadurch das Recht desjenigen, auf den die Sache beym Eintritte derselben fällt, im mindesten gestört würde l).

§. 217.

Aufzählung der einzelnen Titel.

Die besonderen Titel sind folgende: *pro emtore* a) ersitzt derjenige, der eine Sache kaufte, und ihren Besitz erlangte b), wenn er den Kaufpreis zahlte, oder ihm derselbe geborgt wurde c) (§. 213. Not. m.). Wer den Schätzungspreis einer Sache bezahlte, kann sie ebenfalls *pro emtore* ersitzen d).

Pro donato e) wird eine Sache ersessen, die in Folge einer Schenkung unter Lebenden, oder auf den Todesfall Jemanden übergeben wurde f). Ungeachtet eine Schenkung unter Ehegatten keinen rechtmäßigen Titel zur Ersitzung gegen den schen-

---

i) fr. 46. 48. D. XLI. 3. Anders verhält es sich bey dem Kaufe; derjenige nähmlich, dem aus dem irrigen Rechtsgrunde des Kaufes eine Sache übergeben wurde, kann dieselbe nicht ersitzen, ungeachtet beyde Contrahenten den Kauf als wahr annahmen, da bey diesem Rechtsgeschäfte nicht nur auf die Zeit der Übergabe, sondern auch auf den Moment des eingegangenen Contractes Rücksicht genommen werden muß; wo also gar kein Kauf abgeschlossen wurde, kann auch die Ersitzung nicht anfangen, fr. 48. D. XLI. 3. — fr. 2. pr. D. XLI. 4.

k) fr. 4. pr. D. XVIII. 2. *de in diem addict.* — fr. 2. §. 2. D. XLI. 4.

l) fr. 2. §. 1. D. XVIII. 2. — fr. 13. pr. D. XXXIX. 6. *de mortis causa don.* — fr. 2. §. 4. D. XLI. 4. *pro emtore.*

a) D. XLI. 4. *pro emtore.* — C. VII. 26. *de usucapione pro emt.*

b) fr. 2. D. XLI. 4.

c) fr. 2. §. 3. D. XLI. 4. — fr. 8. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.* enthält nur eine Vermuthung.

d) fr. 1. fr. 3. D. XLI. 4.

e) D. XLI. 6. *pro donato.* — C. VII. 27. *de usucap. pro donato.*

f) fr. 1. pr. D. XLI. 6. — fr. 13. pr. D. XXXIX. 6. *de mortis causa don.*

Digitized by Google

kenden Gatten bildet (§. 216. e.); so kann doch die Ersitzung, wenn eine fremde Sache geschenkt wurde, gegen Auswärtige Statt haben g), wenn nur der Schenker dadurch nicht ärmer wird.

Pro derelicto unterliegt jene Sache der Ersitzung, welche von einem Nichteigenthümer verlassen wurde h).

Pro soluto, wenn Jemand von seinem Schuldner eine fremde Sache, oder eine eigenthümliche Sache von einem Nichtschuldner an Zahlungs Statt erhielt i). Aus dem Rechtsgrunde des Kaufes, welcher fälschlich vorausgesetzt wird, kann keine Ersitzung *pro soluto* Statt haben k).

Pro transacto ersitzt derjenige, der eine fremde Sache aus einem Vergleiche besitzt l).

Pro dote m), wenn Jemand fremde Sachen zum Heirathsgute erhielt und die Ehe geschlossen wurde n). Ist ein nicht geschätztes Heirathsgut vor der Hochzeit in der Absicht übergeben worden, daß der Bräutigam sogleich das Eigenthum davon erhalte, so hat zwar nicht die Ersitzung *pro dote*, aber *pro suo* Statt o). Ein geschätztes Heirathsgut, welches vor der Ehe übergeben wurde, kann vor Abschluß derselben weder *pro dote*, noch *pro suo* ersessen werden, weil es so betrachtet wird, als wäre es unter einer aufschiebenden Bedingung veräußert worden, vor deren Eintritte, wie bekannt (§. 216 k), die Ersitzung nicht beginnen kann p). Ist aber der Mann zur Zurückstellung der *dos*

---

g) fr. 1. §. 2. fr. 3. D. XLI. 6. — fr. 25. D. XXIV. 1. *de donat. inter vir. et uxor.* — v. Löhr im Arch. für Civ. Pr. XVI. 2. S. 249.
h) D. XLI. 7. *pro derelicto.*
i) fr. 33. §. 3. fr. 46. fr. 48. D. XLI. 3.
k) fr. 48. D. XLI. 3.
l) c. 8. C. VII. 26. *de usucap. pro emtore vel transact.*
m) D. XLI. 9. *pro dote.* — C. VII. 28. *de usucap. pro dote.*
n) fr. 1. §. 2—4. D. XLI. 9.
o) fr. 1. §. 2. in fin. D. *eod.*
p) fr. 2. D. *eod.* — fr. 10. §. 4. D. XXIII. 3. *de jure dot.*

Digitized by Google

verpflichtet; so ist ebenfalls aus dem Vorigen (§. 216 vor l) ersichtlich, daß die ersessenen Sachen zurückzustellen seyen.

Der *titulus pro herede* q) scheint in unsern Quellen unter folgenden Bedeutungen vorzukommen: 1) wenn der wahre Erbe eine Sache, die der Verstorbene weder besaß r), noch inne hatte s), in der Erbschaftsmasse findet, oder eine fremde Sache ihm so übergeben wird, als gehörte sie zur Erbschaft t); 2) wenn in Ermanglung eines *suus heres* u) eine erbfähige Person v), welche nicht weiß, daß das Testament ungültig, oder ein näherer Verwandter vorhanden ist, sich für den Erben hält, und die einzelnen Sachen, als Theile der Erbschaft, während der gehörigen Zeit besitzt w); doch so, daß der wirkliche Erbe ungeachtet dieser Ersitzung die ganze Erbschaft von ihm solange zurückfordern kann, bis seine Erbschaftsklage verjährt ist x). Endlich 3) wenn ein ver-

---

q) D. XLI. 5. *pro herede.* — C. VII. 29. *de usucap. pro herede.* Erst aus Gajus haben wir die historische Notiz der Beschaffenheit der alten usucapio pro herede geschöpft. Nebst Anderen ist vorzüglich der Aufsatz Roßhirt's im Arch. für Civ. Prax. IX. 1. zu beachten, unter der Aufschrift: Zur Lehre von der Ersitzung und insbesondere über die usucapio pro herede.

r) Denn war der Verstorbene im Civilbesitze der Sache; so kann der Erbe die Ersitzung aus dem nämlichen Titel fortsetzen, welchen der Erblasser hatte, fr. 3. §. 4. D. XLI. 2. *de a. v. a. p.* — §. 12. J. II. 6. *de usucap*

s) c. 4. C. VII. 29. „Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest, nec prodesse neque tenenti, neque heredi ejus potest" in Verbindung mit c. 4. C. VII. 33 *de praesc. long. temp.* „Diutina possessio, tantum jure successionis sine justo titulo obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest." Derjenige aber, an den der Erbe eine Sache veräußerte, die bey dem Verstorbenen hinterlegt, ihm geliehen oder vermiethet war, von der der Erbe aber glaubte, daß sie zur Erbschaft gehöre, kann dieselbe zu ersitzen anfangen, fr. 36. pr. D. XLI. 3.

t) fr. 3. D. XLI. 5. — fr. 5. §. 1. D. XLI. 10. *pro suo.* Vergl. c. 4. C. VII. 29. — c. 4. C. VII. 33. und fr. 11. D. XLIV. 3. *de divers. temp. praescr.* Man sehe die Erklärung dieser Stellen in Roßhirt's Abhandlung. S. 24—28.

u) c. 2. C. VII. 29.

v) fr. 4. D. XLI. 5.

w) fr. 33. §. 1. D. XLI. 3. Vergl. auch fr. 29. D. XLI. 3.

x) Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt Roßhirt S. 30—34.

Digitized by Google

meintlicher Erbe eine Sache, die der Verstorbene weder besaß, noch inne hatte, in der Erbschaft findet, oder als zur Erbschaft gehörig empfängt und während der gesetzlichen Zeit besitzt; welcher Fall aus den zwei früheren zusammengesetzt ist, und auf den nämlichen Grundsätzen beruht.

Der *titulus pro legato* y) hat Statt, wenn eine fremde Sache vermacht wurde, oder zwar eine dem Erblasser eigenthümliche, von der aber der Legatar nicht weiß, daß sie ihm in einem Codicille wieder genommen ward, oder wenn das Vermächtniß nicht in gesetzlicher Form hinterlassen wurde z). Dieser Titel hört auf, wenn der Legatar zur Erlangung des Vermächtnisses unfähig ist aa), oder wenn ihm das Legat gar nicht bestimmt war, außer er verdiente wegen eines Nahmensirrthums Entschuldigung bb). Alle angeführten Titel begriff man unter dem allgemeinen Namen *pro suo*; doch hat insbesondere dieser Titel *pro suo* dann Statt, wenn der Rechtsgrund der Erwerbung keinen besonderen Namen hat, wie z. B. wenn Jemand aus einem entschuldbaren Irrthum eine fremde Sache als die seinige zu besitzen anfing, oder wenn er aus dem Grunde einer richterlichen Zuerkennung cc), einer außergerichtlichen Theilung dd), oder in Folge eines abgelegten Eides den Besitz erlangte ee).

Aber die c. 4. C. VII. 34. *in quibus causis cessat l. t. pr.* und die c. 7. C. III. 31. *de pet. hered.* drücken so bestimmt die im Texte des Parag. angeführte Ansicht aus, daß wir der von Roßhirt versuchten Interpretation, so scharfsinnig sie auch ist, nicht folgen können. Mit uns übereinstimmend ist Arndts im Rh. Mus. II. Jahrg. 2. H. S. 137. und in demselben Rh. Mus. V. 1. S. 26. auch Unterholzner. Anderer Meinung aber ist S. F. P. in Schuncks Jahrb. V. 3. S. 268—276, und Fritz in s. Erl. zu Wening II. S. 332.

y) D. XLI. 8. *pro legato.*

z) fr. 4. fr. 9. *D. h. t.*

aa) fr. 7. D. *eod.*

bb) fr. 2. fr. 4. D. *eod.* "veluti si Titio legatum sit, quum sint duo Titii."

cc) fr. 17. D. XLI. 3. *de usurp.*

dd) fr. 4. §. 1. D. XLI. 10. *pro suo.*

ee) fr. 13. §. 1. D. XII. 2. *de jurejur.* Arndts nimmt im Arch. f.

Digitized by Google

§. 218.

2) Ordentliche Ersitzungszeit.

Endlich wird zu jeder Ersitzung auch der binnen der gesetzlichen Zeit fortdauernde Civilbesitz erfordert, und daß dieser durch die Übertragung der Sache an einen andern Besitzer nicht unterbrochen werde, haben wir bereits bemerkt, (§. 215 gegen das Ende). Die Zeit der ordentlichen Ersitzung dauert bei beweglichen Sachen durch 3, bei unbeweglichen durch 10 Jahre unter Gegenwärtigen, und durch 20 Jahre unter Abwesenden. Gegenwärtig werden aber der Besitzer und der Eigenthümer dann genannt, wenn beide in der nämlichen Provinz ihren Wohnsitz haben a). War der Besitzer theilweise gegenwärtig, theilweise abwesend; so werden 2 Jahre der Abwesenheit wie ein Jahr der Gegenwart berechnet b). Die Zeit läuft vom Augenblicke des erlangten Besitzes c), und endet beim Beginne des letzten Tages d).

§. 219.

Außerordentliche Ersitzungszeit (extraordinaria, longissimi temporis praescriptio).

Der Regel nach unterliegen alle Sachen, welche im Eigenthume von Privatpersonen seyn können, der ordentlichen Ersitzungszeit, wenn nicht bei einigen entweder aus öffentlichen Rücksichten, oder aus Begünstigung desjenigen, dem sie gehören, eine besondere Ausnahme gemacht wurde. Der Ersitzung oder

---

C. P. XIII. 2. S. 283. auch ein im Eigenthumsprocesse erlassenes rechtskräftiges Urtheil als einen gültigen Titel zur Ersitzung an, indem er sich auf die Analogie zwischen Vergleich und Urtheil, und vorzüglich auf fr. 3. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.* beruft. Allein die Bedenken, welche dagegen Danz in der Ztschr. f. C. und Pr. V. 2. S. 273. anführt, scheinen nicht unbedeutend.

a) c. 12. C. VII. 33. *de praescr. long. temp.*

b) Nov. 119. c. 8.

c) fr. 12. in fin. C. VII. 33. — c. unic. C. VII. 31. *de usucap. transferend.*

d) Hier hat also die Civilcomputation Statt (§. 100), fr. 6. 7. D. XLI. 3. — fr. 15. pr. D. XLIV. 3. *de div. temp. praescr.*

Digitized by Google

Verjährung von 30 Jahren unterliegen: 1) Sachen, die Jemand ohne rechtmäßigen Titel beſitzt a); 2) geſtohlene und mit Gewalt in Beſitz genommene Sachen, außer es wäre das Hinderniß dadurch gehoben worden, daß die Sache wieder zu dem frühern Eigenthümer zurückkehrte b); 3) unbewegliche Güter, welche ohne Wiſſen des Eigenthümers von einem Dritten unredlicher Weiſe veräußert wurden c); 4) Sachen, die zum *peculium adventitium* der Hausſöhne gehören, und die der Vater während der Dauer der väterlichen Gewalt auf eine ungerechte Weiſe veräußerte; auch fängt die Verjährungszeit erſt nach Beendigung der väterlichen Gewalt zu laufen an d); 5) Fiscalſachen und das Patrimonialvermögen des Landesfürſten e); 6) Sachen der mündigen Minderjährigen, wobei die Zeit der Minderjährigkeit eingerechnet wird f); 7) das durch einen letzten Willen hinterlaſſene Vermögen, welches der Erbe deßhalb nicht veräußern kann, weil es einſtens als Legat oder als Fideicommiß Jemanden zurückzuſtellen iſt g). Endlich unterliegt Manches nur einer vierzigjährigen Erſitzung, nämlich die unbeweglichen Sachen der Kirchen und frommen Körperſchaften h), die Patrimo-

---

a) Denn Kaufmanns Meinung (II. §. 99), als ob ſich kein Fall denken ließe, wo Jemand redlicher Beſitzer wäre, aber keinen rechtmäßigen Titel hätte, iſt irrig. Man vergl. z. B. nur §. 216. Not. i und ſehe ferner c. 8. §. 1. C. VII. 39. *de praesc.* 30 *vel* 40 *annor.* — c. 14. C. XI. 61. *de fund. patrimon.* „Jubemus omnes — — qui ex quocumque titulo, vel etiam *sine titulo*, hactenus possederunt — — — nullam — — — actionem vel molestiam formidare.“

b) §. 3. §. 8. J. II. 6. *de usucap.* — fr. 4. §. 6. §. 12. et seq. §. 22. §. 28. fr. 33. §. 2. D. XLI. 3.

c) Nov. 119. c. 7.

d) Nov. 22. c. 24. in fin.

e) §. 9. J. II. 6. — fr. 18. D. XLI. 3. Vergl. unten die Not. i.

f) c. 3. C. VII. 39. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* Vergl. c. 5. C. II. 41. *in quibus causis restit. in integr. necessaria non est.* — c. 3. C. VII. 35. *quibus non objic. l. t. praesc.*

g) c. 3. §. 3. C. VI. 43. *communia de legat. et fideicomm.*

h) Nov. 111. et 131. c. 6. — Durch die c. 24. C. I. 2. *de sacrosanct. Eccles.* und die Nov. 9. hat Juſtinian den Kirchen und

Digitized by Google

nialgüter des Landesfürsten i), und überhaupt alle jene Sachen, über welche ein Prozeß angestrengt, aber wieder unterbrochen wurde; so daß die vierzigjährige Verjährung von dem Augenblicke an zu laufen anfängt, in welchem der letzte richterliche Bescheid erlassen wurde, nach welchem beyde Theile den Prozeß aussetzten k). Diese außerordentliche Ersitzung hat dann Statt, wenn Jemand auf redliche Weise den Besitz einer Sache erlangte, und durch die Erlöschung der Klage von Seite des Eigenthümers gegen diesen geschützt ist l). Daraus folgt auch, daß die Zeit dieser Ersitzung von dem Augenblicke anfängt, wo dem Gegner ein Klagerecht erwächst, und daß sie gerade so, wie bey der Extinctiv-Verjährung der Klagen berechnet wird. Kaum wird zu bemerken nöthig seyn, daß auch hier die Zeit des Besitzes des Vorgängers eingerechnet werde m). Wenn eine Sache vermöge Privilegiums der ordentlichen Verjährungszeit nicht unterworfen ist, und während des Laufes der Verjährung auf eine

---

Städten eine Verjährungszeit von 100 Jahren zugestanden; bald bereute aber der Kaiser dieses zugestandene Privilegium, welches nach der Erzählung des Procopius um schweres Geld von Tribonian erkauft war, daher widerrief er es, und gestand bloß den Kirchen und frommen Körperschaften in Beziehung auf unbewegliche Güter eine Verjährungsfrist von 40 Jahren zu. Die Authentica: *Omnes actiones* ad c. 24. C. I. 2. verdient keine Berücksichtigung, da sie mit ihrer Quelle, d. i. mit der 131. Novelle nicht übereinstimmt (§. 32. N. 4.).

i) c. 14. C. XI. 61. *de fundis patrimon.* Aus dieser Verordnung schließen sehr Viele, daß alle Fiscal- und landesfürstlichen Sachen nur binnen 40 Jahren ersessen werden können; allein die angeführte Constitution spricht nur von dem unbeweglichen Patrimonialvermögen, und es ist ein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß Privilegien nicht ausgedehnt werden sollen. Unsere Meinung ist auch nicht dunkel enthalten in c. 6. C. XI. 65. *de fundis privat.* Man sehe Warnkönig I. N. 167. Not. 3. und v. Wening I. §. 45. Not. g.

k) c. 9. in fin. C. VII. 39. — c. 1. §. 1. in fin. C. VII. 40. *de annal. except.*

l) c. 8. §. 1. C. VII. 39. Gegen die entgegengesetzte Ansicht Unterholzners in seiner neuesten Verjährungslehre §. 177. und 178. vergl. man Fritz in der Zeitschr. f. C. u. Pr. III. 3. S. 435.

m) c. 14. C. XI. 61. *de fundis patrimon.*

Digitized by Google

nicht privilegirte Person übergeht, so genügt gegen diese die ordentliche Verjährungszeit n); und wenn im Gegentheile eine der ordentlichen Verjährung unterworfene Sache während des Laufes derselben an eine privilegirte Person kömmt, so genügt auch gegen diese die gewöhnliche Verjährungsfrist o).

§. 220.

Summarische Darstellung der übrigen Erwerbungsarten des Eigenthums.

Eigenthum kann noch auf verschiedene Weise erworben werden: so hörten wir in dem aus der Ehe entspringenden Sachenrechte, daß der Gatte, welcher zur zweyten Ehe schreitet, Alles, was er der Freygebigkeit des früheren Ehetheiles verdankt, zum Vortheile der Kinder erster Ehe verliere, wenn er es nicht schon durch die bloße Auflösung der ersten Ehe verlor (§. 137.), dann daß nach geschehener Ehetrennung die Güter des schuldigen Gatten theils auf den unschuldigen Theil, theils auf die Kinder übergehen (§. 136.). Aus dem Erbrechte gehört hieher die Nachfolge des Erben in die Güter des Verstorbenen, die fideicommissarische Nachfolge durch die Zurückstellung des Fideicommisses, und die Singular-Nachfolge, wenn der Erblasser eine bestimmte, ihm eigenthümliche, Sache vermachte. Aus dem Obligationenrechte ist zu bemerken: die gerichtliche Zusprechung, wenn eine Theilungsklage angestrengt wurde a); die Erwerbung des ganzen Gebäudes, wenn einer der Miteigenthümer die Kosten der Reparatur allein trug, und der andere nicht binnen 4 Monathen seinen Antheil sammt Zinsen ersetzte b). Fer-

n) fr. 42. D. XXVI. 7. *de adminis. et peric. tutor.* — fr. 24. §. 1. D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.* — fr. 68. D. L. 17. *de reg. jur.* Versteht sich von dem Augenblicke an gerechnet, als das Eigenthum der Sache an eine nicht privilegirte Person übertragen wurde.

o) fr. 2. §. 13. 14. D. XLI. 4. *pro emtor.*

a) §. 7. J. IV. 17. *de officio jud.*

b) fr. 52. §. 10. D. XVII. 2. *pro socio.* — c. 4. C. VIII. 10. *de aedif.*

ner erwerben Pupillen und Minderjährige das Eigenthum derjenigen Sachen, die die Vormünder oder Curatoren mit dem Gelde der Pupillen oder Curanden für sich auf eigenen Nahmen kauften c); auf gleiche Weise werden die Soldaten Eigenthümer desjenigen, was sich ein Anderer mit ihrem Gelde auf eigenen Nahmen anschaffte d). Endlich wird zwischen den Theilnehmern einer allgemeinen Gütergemeinschaft wechselseitig das Eigenthum in dem Augenblicke mitgetheilt, als der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde e).

Dritter Titel.

Von den aus dem Eigenthumsrechte entspringenden Klagen.

§. 221.

A. Die Eigenthumsklage a).

Begriff derselben, wem und gegen wen sie zustehe.

Die Eigenthumsklage (*rei vindicatio*) ist jene dingliche Klage, durch welche der Eigenthümer seine Sache mit allem Zugehör (*cum omni causa*) von jedem Besitzer und Inhaber zurückfordert. Sie steht also dem Eigenthümer einer körperlichen Sache zu b), und es ist gleichgültig, ob sein Eigenthum vollständig oder unvollständig, widerruflich oder unwiderruflich, beschränkt oder unbeschränkt sey, außer es wäre die Ausübung des Eigenthumsrechtes durch einige Zeit gänzlich aufgehoben c). Und wenn auch der Kläger zur Zeit des begonnenen Rechtsstrei-

c) fr. 2. D. XXVI. 9. *quando ex facto tut.* Anderer Ansicht ist v. Löhr im Mag. IV. 1. S. 140—145.
d) c. 8. C. III. 32. *de rei vind.*
e) fr. 1. §. 1. fr. 2. D. XVII. 2. *pro socio.*
a) D. VI. 1. *de rei vind.* — C. III. 32. *de rei vind.*
b) Später wurde die Publicianische Klage auf unkörperliche Sachen ausgedehnt. Vergl. §. 225. Not. e.
c) Daher kann ein Hausſohn Sachen, die zum peculium adventitium gehören, und die der Vater auf eine unrechtmäßige Weise veräußerte, während der Dauer der väterlichen Gewalt nicht vindiciren, c. 1. §. 2. C. VII. 40. *de annal. except.*

Digitized by Google

tes nicht Eigenthümer war, so ist es doch zur Verurtheilung des Beklagten hinreichend, wenn jener vor Fällung des Urtheils das Eigenthum erlangte d).

Die Klage hat nicht nur gegen den Besitzer, sondern auch gegen den Inhaber Statt e); aber jene, welche die Sache nicht mit dem Willen, Eigenthumsrechte daran auszuüben, besitzen oder innehaben, können sich durch die Angabe ihres Vormannes, d. i. desjenigen, von dem sie den Besitz oder die Innehabung ableiten (*nominatio*, *laudatio auctoris*), von der Klage befreyen; vernachlässigen sie aber dieses, so sind sie verpflichtet, als erdichtete Besitzer, den Schätzungspreis (*litis aestimatio*) zu bezahlen f). Für erdichtete Besitzer werden, wie wir hörten (§. 182. am Ende), jene gehalten, welche sich zum Streite anbothen g), oder betrügerischer Weise den Besitz aufgaben h), und der Eigenthümer ist berechtiget, noch von dem wirklichen Besitzer die Sache zu vindiciren, wenn er auch vom erdichteten Besitzer den Preis erhalten hat i); umgekehrt aber ist dieser von jeder Leistung befreyt, wenn der wahre Besitzer zuerst belangt wurde, und die Sache zurückstellte k). Übrigens kann der Beklagte zur Herausgabe verurtheilt werden, wenn er auch zur Zeit der Einlassung in den Prozeß die Sache, um die es sich handelt, nicht besaß, wenn er sie nur zur Zeit des Urtheils in seinem Besitze hatte l). Starb der Besitzer vor Beendigung des Prozesses, so

---

d) arg. fr. 27. §. 1. D. VI. 1. — arg. fr. 9. §. 5. D. XIII. 7. *de pign. act.*

e) fr. 9. D. VI. 1.

f) c. 2. C. III. 19. *ubi in rem actio.* in Verbindung mit fr. 25. fr. 27. pr. D. VI. 1. Vergl. Glück VIII. §. 586.

g) Es wird aber erfordert, daß der Beklagte sich bereits in den Prozeß eingelassen habe, und der Kläger nicht wußte, daß sein Gegner nicht Besitzer sey, fr. 25. 26. 27. pr. D. VI. 1.

h) fr. 27. §. 3. fr. 36. pr. D. VI. 1. — fr. 157. §. 1. D. L. 17. *de reg. jur.*

i) fr. 7. D. VI. 1.

k) fr. 13. §. 14. D. V. 3. *de hered. pet.*

l) fr. 27. §. 1. D. VI. 1. *h. t.*

Digitized by Google

kann nur derjenige unter den Erben verurtheilt werden, der die Sache in seinen Besitz bekam m). Besitzt Jemand eine Sache in der Absicht, Eigenthumsrechte daran auszuüben, läugnet aber seinen Besitz, so wird dieser zur Strafe auf den Kläger übertragen, aber mit Vorbehalt aller jener Rechte, die der Beklagte auf die Sache selbst hat n).

§. 222.

Gegenstand der Eigenthumsklage.

Mittelst dieser Klage begehren wir eine körperliche Sache sammt Zugehör, also I. die Sache selbst, und zwar eine einzelne sowohl, als eine Gesammtsache a) nicht nur im Ganzen, sondern auch nach gewissen Theilen b); das Begehren eines ungewissen Theiles hat aber nur dann Statt, wenn eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden ist c). Ein ganzes Vermögen, wie ein *peculium* oder eine Erbschaft, oder persönliche Obliegenheiten *(obligationes)* kann man nicht vindiciren. Documente aber, die über persönliche Verpflichtungen ausgestellt sind, und die schriftliche Erklärung eines letzten Willens können wir mit der Eigenthumsklage fordern d). II. Unter dem Nahmen des Zugehörs versteht man allen Zuwachs, den der Belangte herauszugeben hat e). Was die Früchte anbelangt, so muß der redliche Besitzer die vorhandenen zurückstellen f), für die verzehrten, worunter auch die veräußerten gehören, ist er nicht verantwortlich, wenn er auch durch dieselben reicher geworden wäre; ein unredlicher Besitzer, dem auch nach der Einlassung in den Pro-

m) fr. 42. fr. 55. D. *h. t.*
n) fr. ult. D. *h. t.* — Nov. 18. c. 10.
a) fr. 1. §. 1. §. 3. fr. 3. pr. fr. 23. §. 5. D. *h. t.* Man sehe doch fr. 56. D. *eod.* und §. 377. N. 2. eben so auch diesen Paragr. N. d.
b) fr. 8. fr. 49. §. 1. D. *h. t.*
c) fr. 76. §. 1. D. *h. t.*
d) fr. 3. D. XXIX. 3. *testam. quemad.*
e) fr. 17. §. 1. fr. 20. fr. 23. §. 2. 3. 4. D. *h. t.*
f) fr. 4. §. 19. D. XLI. 3. *de usurp.*

Digitized by Google

zeß ein redlicher Beſitzer gleichgeſtellt wird, muß nicht nur die vorhandenen und verzehrten, ſondern auch jene Früchte erſetzen, die ein fleißiger Hausvater hätte gewinnen können g). Ging die Sache zu Grunde, ſo können die vorhandenen Früchte noch vindicirt h), aber keineswegs in dem Falle einzeln begehrt werden, wenn Jemand die Klage auf die Früchte nicht anſtrengte, und daher die Sache ohne letztere zurückgeſtellt wurde i). Denn die vor der angeſtrengten Klage percipirten Früchte muß der Kläger begehren, nur die ſpäter percipirten oder zu percipirenden muß der Richter von Amtswegen zuerkennen k). Die Zurückſtellung der Sache ſammt Zugehör hat gleich nach gefälltem Urtheile zu geſchehen, wenn nicht der Richter einen längeren Termin feſtſetzte l), und zwar an jenem Orte, wo ſich die Sache befindet; doch können bewegliche Sachen auf Verlangen des Klägers, wenn er die Übertragungskoſten auf ſich nimmt, auch anderwärts gefordert werden, ja auch dieſe Übertragungskoſten hat er nicht zu leiſten, wenn der Belangte die Sache auf betrügeriſche Weiſe von jenem Orte, wo der Prozeß angefangen wurde, an einen andern brachte m).

Iſt die Sache, um die es ſich handelt, zu Grunde gegangen oder verletzt worden; ſo kann der Schadenerſatz nach folgenden Grundſätzen gefordert werden. Iſt die ganze Sache vor der angeſtrengten und dem Belangten mitgetheilten Eigenthumsklage zu Grunde gegangen; ſo kann ihr Preis nur von dem *fictus possessor* begehrt werden (§. 221.) n). Wenn aber die Sache nach begonnenem Prozeße zu Grunde geht, oder wann

---

g) §. 35. J. II. 1. *de rer. div.* — §. 2. J. IV. 17. *de off. jud.* — c. 22. C. III. 32. *h. t.*

h) fr. 17. §. 1. fr. 79. D. *h. t.*

i) c. 3. C. VII. 51. *de fructibus et litium expens.*

k) fr. 35. §. 1. D. *h. t.* — fr. 25. §. 8. D. XXI. 1. *de aedil. edict.*

l) §. 2. J. IV. 17. *de off. jud.*

m) fr. 10—12. D. *h. t.* — fr. 11. §. 1. D. X. 4. *ad exhib.* — fr. 38. in den Worten: Si autem D. V. 1. *de jud. et ubi quisque.*

n) v. Wening I. 2. §. 20.

immer verletzt wurde; so ist zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer zu unterscheiden: jener ist vor der mitgetheilten Klage gar nicht o), nachher aber gleich einem unredlichen Besitzer verpflichtet, ohne daß er jedoch für den Zufall haftete p). Ein unredlicher Besitzer ist für jedes Verschulden q), nach mitgetheilter Klage auch für den Zufall verantwortlich, und zwar, wenn er ein Dieb oder Räuber ist, für jeden Fall r), andere unredliche Besitzer wenigstens dann, wenn die Sache bey dem Kläger nicht zu Grunde gegangen wäre s), oder wenn der Kläger noch Gelegenheit gehabt hätte, seine Sache, wenn sie früher zurückgestellt worden wäre, vor eingetretenem Zufalle zu veräußern t).

§. 223.

Was der Kläger dem Belangten zu leisten habe.

Der Regel nach kann der Belangte den Preis, den er für die vindicirte Sache zahlte, von dem Kläger nicht zurückfordern a), sondern er hat nur gegen seinen Vormann die Klage auf Gewährleistung; eine Ausnahme hat in folgenden Fällen Statt: 1) wenn der Besitzer die Sache als Geschäftsführer ohne Auftrag an sich brachte b); 2) wenn sie sonst zu Grunde gegangen wäre, wie z. B. wenn Jemand sie vom Feinde auslöste c); 3) wenn der Preis zum Nutzen des Klägers verwendet wurde d). Hat aber der Beklagte auf die Sache selbst oder auf die Früchte Kosten verwendet, so müssen diese in den meisten Fällen von dem Klä-

o) arg. fr. 31. §. 3. D. V. 3. *de hered. pet.*
p) fr. 45. D. *h. t.* — fr. 40. pr. D. V. 3.
q) fr. 13. 45. D. *h. t.*
r) arg. fr. 7. §. 2. fr. 8. pr. §. 1. D. XIII. 1. *de condict. furt.*
s) fr. 30. §. 1. D. XII. 2. vergl. mit fr. 14. §. 1. D. XVI. 3. *depositi.*
t) fr. 15. §. 3. D. *h. t.* — fr. 40. pr. D. V. 3. *de hered. pet.*
a) c. 3. c. 23. C. *h. t.* (III. 32.)
b) fr. 6. §. 8. D. III. 5. *de negot. gest.* — c. 11. C. II. 19. *de negot. gest.*
c) fr. 6. D. XLIX. 15. *de captiv. et postlim.*
d) c. 14. 16. C. V. 71. *de praed. minor.*

Digitized by Google

ger erſetzt werden: I. Wurden Koſten auf die Früchte, die zurückgeſtellt werden, verwendet; ſo müſſen ſie ſtets vom Kläger erſtattet werden e). II. Nothwendige, auf die Sache ſelbſt verwendete Koſten kann ſowohl der redliche, als unredliche Beſitzer, mit Ausnahme des Diebes, abziehen f); die nützlichen kann der unredliche Beſitzer nur wegnehmen, der redliche Beſitzer aber iſt befugt, ſie abzuziehen, wenn ſie mäßig ſind, und die Sache durch dieſelben ſich noch in einem beſſeren Zuſtande befindet, als früher; wenn ſie aber ſo bedeutend ſind, daß der wahre Eigenthümer ſie gar nicht aufgewendet haben würde, ſo iſt er ebenfalls nur zur Wegnahme berechtigt g). Auf ähnliche Weiſe kann der redliche ſowohl, als der unredliche Beſitzer die zum Vergnügen verwendeten Koſten nur wegnehmen h). So oft wir aber dem Belangten das Vermögen zuſprachen, die Koſten wegzunehmen, ſetzten wir immer voraus, daß ſie unbeſchadet der Hauptſache weggenommen werden können, daß ſie ferner nach vollzogener Trennung noch einen Nutzen gewähren, und daß der Kläger nicht ſo viel geben will, als der Beklagte für die getrennte Sache erhalten könnte i). Übrigens kann nur das unter dem Titel von Koſten abgezogen oder weggenommen werden, was über den Werth der percipirten Früchte ausgegeben wurde, denn dieſe compenſiren ſich mit den Koſten k). Endlich iſt noch zu bemerken, daß der Belangte ſich wegen derſelben nur des Retentionsrechtes oder der *exceptio doli* bedienen kann; iſt er nicht mehr

e) fr. 36. §. ult. D. V. 3. *de hered. pet.* — fr. 46. D. XXII. 1. *de usur.* — c. 1. C. VII. 51. *de fruct.*

f) c. 5. C. *h. t.* (III. 32.) — fr. 13. D. XIII. 1. *de condict. furtiv.*

g) fr. 38. D. *h. t.* (VI. 1.) Der unredliche Beſitzer hat alſo zunächſt nur das Recht, den nützlichen Aufwand wegzunehmen; ſollte dieß jedoch der Natur der Sache nach unmöglich ſeyn, ſo gebührt ihm das Recht, ſo viel von dem Kläger zu fordern, als dieſer durch jenen Aufwand bereichert iſt, c. 1. C. VIII. 52. *de inf. expos.* Sell in ſ. Verſuch. I. S. 60.

h) fr. 9. D. XXV. 1. *de impens. in rem dot. fact.*

i) fr. 38. D. *h. t.*

k) fr. 48. fr. 65. pr. D. *h. t.*

Digitized by Google

im Besitze, so hat er nach strengem Rechte keine Klage l). Vergl. jedoch §. 211. Note c.

§. 224.

Von dem Beweise, den der Kläger herzustellen hat.

Der Kläger muß sowohl den Besitz des Gegners, als auch sein Eigenthum beweisen. Was den Beweis des Besitzes anbelangt; so kann der Kläger den Belangten vor Gericht fragen, ob er besitze a), und wenn dieser fälschlich seinen Besitz läugnet, so haben wir schon oben gehört, daß er denselben zur Strafe verliere (§. 221. am Ende). Hinsichtlich des Beweises des Eigenthumsrechtes ist zu unterscheiden, ob der Kläger behauptet, er habe dasselbe durch den Willen des früheren Eigenthümers, oder auf andere Weise erworben; im letztern Falle genüget der Beweis der Thatsache, durch welche der Kläger das Eigenthum erlangte, wie z. B. der Occupation, der Accession, der Ersitzung, der durch den Fiscus geschehenen Übergabe (§. 213. N. I. am Ende); leitet aber Jemand von einem andern Vormanne, als dem Fiscus, sein Recht ab, so muß der Kläger nicht nur seinen rechtmässigen Titel, sondern auch das Eigenthum seines Vormannes beweisen, was entweder so geschieht, daß er darthut, sein unmittelbarer Vormann, oder einer der früheren Vormänner habe die Sache durch eine solche Thathandlung erworben, aus welcher an und für sich das Eigenthum entspringt, oder daß er beweist, er habe allein, oder mit seinen Vormännern, die Sache durch die ganze Ersitzungszeit ununterbrochen besessen b).

§. 225.

B. Die Publicianische Klage.

Der Prätor Publicius gab demjenigen, der eine Sache auf redliche Weise von einem Nichteigenthümer empfing, und

l) fr. 48. D. *h. t.*
a) fr. 20. §. 1. D. XI. 1. *de interrog. in jure fac.*
b) fr. 20. pr. D. XLI. 1. *de adquir. rer. dom.*

Digitized by Google

den Besitz derselben vor Ablauf der Ersitzungszeit verlor, gegen jeden, der ein schwächeres Recht hat, als er selbst (*qui infirmiori jure possidet*) a), eine Klage zu dem Zwecke, daß er die Sache sammt Zugehör erlange; es ist daher hinsichtlich der Wirkung kein Unterschied zwischen der Eigenthums- und der Publicianischen Klage: in Beziehung auf den Beweis genügt es bey der Prätorischen Klage, den rechtmäßigen Titel darzuthun, und bey jenen Geschäften, bey welchen das Eigenthum nur mittelst der Übergabe erworben werden kann, zu beweisen, daß die Sache übergeben und folglich der Besitz auf den Kläger übertragen worden sey, während im Gegentheile bey der Eigenthumsklage auch das Eigenthum des Vormannes zu beweisen ist b). Der gute Glaube wird vorausgesetzt, und es genügt, wenn er zur Zeit des erlangten Besitzes vorhanden war c). Dann wurde

a) *F. Eckenberg* de Publiciana in rem actione. Lips. 1821. Zum Theile gehört auch hieher Nippel in der Zeitschrift für Österr. Rechtsgelehrsamkeit vom Dr. und Pr. Wagner. Wien 1825, III. Heft. S. 137. Über die Frage, wann Jemand aus schwächerem Rechte besitze, vergleiche man die von Thibaut angeführten Fälle im Arch. für Civ. Prax. VI. 3. S. 325—327.

b) Schon behaupten Einige, daß nach dem neuesten Röm. Rechte nicht einmahl in Hinsicht auf den Beweis zwischen der Publicianischen und der Eigenthumsklage ein Unterschied sey; aber diese Meinung beruht auf keinem haltbaren Grunde. Man vergl. über diesen in der neueren Zeit angefachten Streit: Thibaut über den Beweis der Eigenthumsklage im Arch. f. C. Prax. VI. 3. Heft. —In dem nähmlichen Archive VII. 2. Unterholzners Beytrag zu den Untersuchungen über den Beweis der Eigenthumsklage. — Ferner im Archiv IX. 3. S. 316. Henschel über den Beweis der Eigenthumsklage, und X. 2. Falkenstein über denselben Gegenstand. Endlich sind die Recensionen in Schunks Jahrb. VI. 1. S. 4. und in der Tüb. Zeitschrift III. 3. S. 462. zu bemerken. Neuestens hat auch P. L. Kritz in seiner Darstellung pract. Materien I. B. Dresden u. Leipzig 1831, «über die Vindication und die Public. Klage» den Unterschied der Beweisesart bey diesen zwey Klagen geläugnet; doch dürften dessen Gründe noch nicht durchaus geeignet seyn, uns zu bestimmen, die gewöhnliche Lehre zu verlassen, was auch der Recensent dieses Werkes in der Jen. Lit. Z. 1832, N. 63. bemerkt.

c) fr. 7. §. 11. 14. 16. D. VI. 2. — c. 30. C. VIII. 45. *de evict.*, ein späteres unredliches Bewußtseyn des Besitzers steht daher dieser Klage nicht entgegen. Vergl. §. 215. IV.

Digitized by Google

dieſe Klage durch die Rechtsgelehrten auch auf ſolche Fälle ausgedehnt, wo Jemand das Eigenthum einer Sache ohne Übergabe erwerben kann, wie auf Legate d), ja auch auf unkörperliche Sachen, z. B. die Dienſtbarkeiten e). Gegen denjenigen kann ſie ebenfalls gültig angeſtrengt werden, dem die Sache von dem nähmlichen Nichteigenthümer, aber ſpäter, übergeben wurde; iſt aber die Sache von verſchiedenen Nichteigenthümern übergeben worden, ſo hat der Beſitzer den Vorzug f). Ferner kann ſich dieſer Klage auch derjenige bedienen, der eine Sache von einem Minderjährigen, deſſen Alter ihm unbekannt war, anſchaffte g), oder von einem Raſenden, den er für geiſtig geſund hielt h). Ungeachtet dieſe Klage der Regel nach gegen den Eigenthümer ſelbſt nicht angeſtrengt werden kann; ſo gibt es doch folgende Ausnahmen: 1) wenn der Kläger die Einrede des Eigenthümers mit der *replicatio doli* oder *in factum* entkräften kann, wie z. B. wenn derjenige, der dem Kläger die Sache übergab, ſpäter erſt das Eigenthum davon erhielt i), oder 2) der Eigenthümer zuerſt den Schätzungspreis der Sache und dann dieſe Sache ſelbſt erlangte k); 3) wenn der Kläger die Sache von einem Nichteigenthümer aus einem ſolchen Grunde empfing, aus welchem der Eigenthümer ſelbſt hätte belangt wer-

---

d) fr. 1. §. 2. fr. 2. D. VI. 2.

e) fr. 11. §. 1. D. VI. 2. — fr. 12. §. 2. 3. D. *eod.*

f) fr. 9. §. 4. D. VI. 2. — fr. 14. D. XX. 4. *qui potior. in pignor.* Nicht entgegen iſt fr. 31. §. 2. D. XIX. 1. *de act. emt.*, denn Neratius trug in dieſem Fragmente nur die entgegengeſetzte Meinung der Proculianer vor, allein bey den Gerichten hatte man nach dem Zeugniſſe des Ulpian in fr. 9. §. 4. D. VI. 2. die Meinung der Sabinianer angenommen: „Quae sententia vera est.“ Daher hätten die Compilatoren der Pandecten das fr. 31. entweder ganz auslaſſen, oder doch wenigſtens umändern ſollen, Glück Comm. VIII. S. 359. und folg.

g) fr. 7. §. 4. fr. 13. §. 2. D. VI. 2.

h) fr. 7. §. 2. D. VI. 2. — fr. 2. §. 16. D. XLI. 4. *pro emtore.* Vergl. Glück Comm. VIII. S. 359 und folg.

i) fr. 72. in fin. D. VI. 1.

k) fr. 63. D. VI. 1.

Digitized by Google

den können, wie z. B. bey der *noxa* l); 4) wenn ihm aus einem früheren Prozeße die *exceptio rei judicatae* zu Statten kömmt m); 5) wenn er den von dem Eigenthümer ihm aufgetragenen Eid leiſtete n), oder 6) durch ein zweytes obrigkeitliches Decret in den Beſitz eingeführt wurde o). Übrigens geſtatten ſowohl die Theoretiker als die Practiker dem Eigenthümer die Anſtrengung der Publicianiſchen nebſt der Eigenthumsklage, damit nicht der redliche Beſitzer in einer vortheilhafteren Lage ſey, als der Eigenthümer ſelbſt.

III. Hauptſtück.

Von dem Erbpachte.

§. 226.

Begriff des Erbpachtes, und Urſprung desſelben a).

Der Erbpacht (*emphyteusis*) b) iſt ein dingliches Recht an einer fremden c) unbeweglichen Sache d) mit der Befug-

l) fr. 28. D. IX. 4. *de noxal. act.*

m) fr. 24. D. XLIV. 2. *de except. rei jud.*

n) fr. 7. §. 7. D. VI. 2.

o) fr. 18. §. 15. D. XXIX. 2. *de damno infecto.*

a) D. VI. 3. *si ager vectigalis, i. e. emphyteuticarius petatur.* — C. IV. 66. *de jure emphyteutico.* — Thibaut Civ. Abhandl. Heidelberg 1814, S. 266—284. — Hufeland über den eigenthümlichen Geiſt des Röm. Rechtes. Eine Reihe von Abh. Gießen 1816. II. N. 8.

b) Das Wort *emphyteusis* wird hier für das dingliche Recht gebraucht, ſonſt bedeutet es auch das unbewegliche Gut ſelbſt, oder den Erbpachtcontract, aus welchem jenes Recht entſpringt.

c) Viele Rechtsgelehrte ſchrieben nach dem Vorgange der Gloſſatoren dem Erbpächter ein Nutzungs- und dem Eigenthümer der Sache das Obereigenthum zu (§. 200); allein man ſehe fr. 3. §. 4. D. XXVII. 9. *de rebus eor.* — fr. 71. §. 5. 6. D. XXX. *de legat I.* — fr. 15. §. 26. D. XXXIX. 2. *de damno infect.* — c. 1. 2. 3. C. IV. 66. *de jure emphyt.* — Nicht entgegen ſind c. 4. c. 12. c. 14. C. XI. 61. *de fundis patrimon.* — c. 5. C. XI. 69. *de divers. praed. urb.* Vergl. Thibaut in der angef. Abh. — Hufeland S. 77. behauptet vermöge dieſer letzteren Stellen, daß die Natur des Erbpachtes nicht immer gleich ſey, ſondern daß er bald als ein dingliches Recht an einer fremden Sache, bald als ein wahres Eigenthum betrachtet werden müſſe.

d) Nicht nur Grundſtücke, ſondern auch Gebäude können in Erbpacht

Digitized by Google

miß e), dieſelbe gegen eine jährliche Abgabe f) zu gebrauchen und zu genießen, und unter Lebenden ſowohl als auf den Todesfall zu veräußern g). Dieſes Rechtes Urſprung ſcheint von den Munizipal-Gründen hergeleitet werden zu müſſen, welche gegen eine jährliche Abgabe (*vectigal*) auf immerwährende Zeiten verpachtet wurden, daher man ſie auch *agros vectigales* nannte. Später wurden die Patrimonial-Güter des Kaiſers, dann die Grundſtücke der Kirchen und ſelbſt der Privatperſonen auf ſolche Weiſe verpachtet, und man begriff ſie alle unter dem allgemeinen Nahmen von emphyteutiſchen Gründen h).

§. 227.

Die Rechte des Erbpächters.

Das Recht des Erbpächters (*emphyteuta*) kommt dem Eigenthume ſehr nahe, denn I. in Beziehung auf die Früchte kann er die in Erbpacht gegebene Sache in der Art benützen, daß die Früchte durch die bloße Trennung in ſein Eigenthum übergehen (§. 212.). Jener Zuwachs aber, der nicht unter die Früchte gerechnet werden kann, gehört ihm keineswegs, wie z. B. der Schatz, den ein Fremder auf dem emphyteutiſchen Acker findet a). II. Was die Subſtanz der Sache betrifft, ſo kann er 1) frey über dieſelbe verfügen, wenn

---

gegeben] werden, fr. 15. §. 26. D. XXXIX. 2. *de damno infecto* — Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 120. c. 1. §. 2.

e) Dieſe Befugniß iſt der Regel nach immerwährend, fr. 3. D. VI. 3. *si ager vectigalis.* — Nov. 7. c. 3. 7. — Nov. 120. c. 6. §. 1.

f) §. 3. J. III. 24. *de locat. et conduct.*

g) Dadurch unterſcheidet ſich vorzüglich der Erbpacht von den Dienſtbarkeiten (§. 271.)

h) Der Nahme wird von dem griechiſchen Worte εμφυτευειν (bebauen, zur Cultur bringen) hergeleitet, denn Anfangs ſcheinen nur uncultivirte Grundſtücke in Erbpacht gegeben worden zu ſeyn, *Güntheri* princip. j. rom. §. 606.

a) arg. §. 39. J. II. 1. *de rer. div.* — fr. 7. §. 12. D. XXIV. 3. *solut. matr.* Anders urtheilen jene, welche dem Erbpächter ein Eigenthum zuſchreiben, wie z. B. Kaufmann §. 114. N. II.

Digitized by Google

ſie dadurch nur nicht ſchlechter wird b); er kann ſie 2) mit Dienſtbarkeiten belaſten c), ein Pfandrecht darüber einräumen d), ja 3) ſein Recht ſelbſt ſowohl unter Lebenden als auf den Todesfall an taugliche Perſonen veräußern e). Nach dem Tode des Erbpächters geht ſein Recht ſowohl auf die Teſtaments- als auch auf die geſetzlichen Erben über f). Sollten aber mehrere Erben ſeyn, ſo darf das Erbpachtgut unter ſie nicht vertheilt werden, damit die Leiſtung des Zinſes von allen *in solidum* gefordert werden könne g). Endlich iſt er 4) Beſitzer des Erbpachtgutes, daher hat er das Recht auf die poſſeſſoriſchen Interdicte h) und kann auch die Sache von jedem, der ſie inne hat, vindiciren (§. 231.).

§. 228.

Rechte des Eigenthümers.

Der Eigenthümer (*dominus emphyteuseos*) hat 1) das Recht auf einen jährlichen Zins (*pensio*, *canon*), welcher weder wegen einer Vermehrung der Einkünfte aus dem Grunde vergrößert, noch wegen einer Verminderung durch Unfruchtbarkeit, durch feindlichen Einfall und dergl. verringert wird; denn nur durch den Untergang des ganzen Grundes hört auch die

---

b) Nov. 7. cap. 3. §. 2.
c) arg. fr. 1. §. ult. D. XLIII. 18. *de superfic.* (§. 288. vor i.).
d) fr. 16. §. 2. D. XIII. 7. *de pign. act.*
e) §. 3. J. III. 24. *de locat.* — fr. 71. §. 6. D. *de legat.* I. — c. 1. C. XI. 61. *de fund. patrim.*
f) §. 3. J. III. 24. *de locat.* Dieß gilt nicht nur von den weltlichen, ſondern auch von den geiſtlichen Erbpachtgütern, außer es wäre der Erbpacht nur auf eine gewiſſe Zeit eingegangen worden, indem die Nov. 7. c. 3. pr. durch die Nov. 120. c. 6. §. 1. umgeändert wurde.
g) fr. 9. fr. 10. D. X. 2. *famil. ercisc.* vergl. mit fr. 7. pr. D. X. 3. *comm. divid.*
h) fr. 15. §. 1. D. II. 8. *qui satisdare cog.* — fr. 25. §. 1. D. XXII. 1. *de usur.*

Digitized by Google

Verpflichtung, den Zins zu bezahlen, auf a). Mehrere Besitzer des emphyteutischen Grundes sind *in solidum* verpflichtet b). 2) Wenn das emphyteutische Gut veräußert wird c), so kann der Eigenthümer von dem neuen Erbpächter den fünfzigsten Theil des wahren Preises, oder des beym Verkaufe bedungenen Kaufschillings fordern, welche Leistung heut zu Tage *laudemium* genannt wird d). Der Eigenthümer kann die Veräußerung nicht verhindern, außer er stellte den Beweis her, daß das Gut bey dem neuen Erbpächter in einen schlechteren Zustand kommen würde, oder daß dieser zur Bezahlung des Zinses nicht geeignet sey e). Allein zur Cautionsleistung ist der Erbpächter nur bey Staats- oder bey Patrimonialgütern des Landesfürsten verpflichtet f). Wenn der Eigenthümer selbst das geben will, was andere Käufer anbiethen, so hat er 3) das Vorkaufsrecht, doch muß er dieses binnen 2 Monathen ausüben g). 4) Kann er fordern, daß das Erbpachtgut durch die Bewirthschaftung nicht schlechter werde h); daher ist er auch nicht zur Erstattung jener Ausgaben verpflichtet, welche auf die Cultur der Sache,

---

a) §. 3. J. III. 24. *de locat. conduct.* — c. 1. C. IV. 66. *de jure emphyt.* — c. 3. C. VII. 41. *de alluv.* Nicht entgegen ist fr. 14. §. 4. D. XIX. 2. *locati.*, denn die Worte: „Hoc idem et in vectigali damno respondit" sind auf den Nachlaß des Zinses, der den Pächtern öffentlicher Zölle unter gewissen Umständen zugestanden wurde, zu beziehen. Man sehe Glück im Comm. VIII. §. 605. S. 417. und Band XVII. §. 1056. S. 471. Anderer Meinung ist Mühlenbruch II. §. 408. N. 5.

b) fr. 7. pr. D. X. 3. *communi div.*

c) Es ist gleichgültig, auf welche Weise die Veräußerung geschehe, ob durch Verkauf, durch Schenkung, oder durch ein Vermächtniß, c. 3. C. IV. 66. *de jure emphyt.* Da aber der Erbe den Verstorbenen repräsentirt; so ist er von der Leistung des Laudemiums befreyt.

d) c. 3. C. IV. 66. *eod.*

e) c. 3. C. *eod.*

f) c. 7. C. *eod.*

g) c. 3. C. *eod.*

h) Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 120. c. 8. Die Verbesserung des Grundes kann man aber nicht zu den Verpflichtungen des Erbpächters rechnen, Hufeland im angef. Werke. S. 66.

Digitized by Google

oder ſonſt nothwendiger Weiſe gemacht wurden i). Endlich 5) begehrt er mit Recht, daß der Erbpächter die Steuern, wenn ſie auch von früherer Zeit ſind, bezahle k).

§. 229.

Beſtellung des Erbpachtes.

Das emphyteutiſche Recht gründet ſich gewöhnlich auf einen Contract, den man bald zum Kauf-, bald zum Pachtcontracte rechnete, bis Kaiſer Zeno beſtimmte a), daß er als ein eigener Contract zu betrachten ſey. Ob er durch bloße wechſelſeitige Einwilligung, oder nur ſchriftlich eingegangen werden könne, iſt unter den Juriſten ſtreitig. Daß zur Gültigkeit eines ſolchen Vertrages eine ſchriftliche Urkunde nothwendig ſey, wenn Kirchen ihre Güter in Erbpacht geben, iſt ausdrücklich vorgeſchrieben b), und daß dieſes auch auf die mit Anderen eingegangenen Erbpachtverträge zu beziehen ſey, wird nicht undeutlich im Codex ausgedrückt c). Damit aber der Erbpächter ein dingliches Recht erlange, halten faſt alle die Übergabe des Gutes für nothwendig d); doch da dieß nirgends ausdrücklich vorgeſchrieben,

---

i) c. 2. C. IV. 66. in den Worten: „nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis opponenda.“ Nov. 7. c. 3. §. 2.

k) c. 2. C. IV. 66. *eod.* — fr. 7. D. XXXIX. 4. *de publicanis.* — *Cujacii* observ. I. 5.

a) c. 1. C. IV. 66. *de jure emphyt.* — §. 3. J. III. 24. *de locat.*

b) Nov. 120. c. 5 et 6.

c) c. 1. 2. 3. C. IV. 66. — Im §. 3. J. III. 24. *de locat.* wird dieſer Contract nur nach dem älteren Rechte unter den Conſenſualcontracten aufgezählt, was auch durch J. III. 22. *de oblig. ex cons.* bewieſen wird. In der Zeitſchr. für Civ. u. Pr. II. 3. N. 11. ſucht Marezoll die c. 1. C. IV. 66. ſo auszulegen: der emph. Contract iſt ein Conſenſualcontract; wollen aber die Paciſcenten etwas von den natürlichen Beſtimmungen desſelben Abweichendes feſtſetzen, ſo hat dieß ohne ſchriftliche Urkunde keine Kraft. Die c. 2 et 3. C. *eod.*, welche ebenfalls zum Beweiſe dieſer Meinung angeführt werden, ſcheinen aber eher dagegen zu ſtreiten.

d) Unter den Neueren: Mühlenbruch II. §. 409. — v. Wening I. 2. §. 113. — Seuffert I. §. 187.

Digitized by Google

und da die Übergabe auch zur Erwerbung anderer dinglicher Rechte an einer fremden Sache nicht nothwendig ist (§. 234. 242. Note m. §. 288.), so scheint die Meinung richtiger zu seyn, daß auch hier keine Übergabe erfordert werde e). Ferner ist es den allgemeinen Rechtsgrundsätzen angemessen, zu behaupten, daß der Erbpacht auch durch einen letzten Willen bestellt werden könne. Endlich nehmen die meisten Schriftsteller an, daß das emphyteutische Recht auch durch Ersitzung erworben werden könne, wenn nähmlich ein Nichteigenthümer Jemanden ein Gut in Erbpacht gibt, oder der wirkliche Eigenthümer eines Grundes einem Andern, der im guten Glauben ist, und einen rechtmässigen Titel hat, den Erbzins bezahlt. Da wir aber hierüber kein ausdrückliches Gesetz haben, und die Ersitzung ein positives Rechtsinstitut ist, so scheint eine solche Ausdehnung dem Geiste des Gesetzes nicht angemessen zu seyn f).

§. 230.

Ende des Erbpachtes.

Der Erbpacht hört auf I. durch den Untergang des ganzen Erbpachtgutes, nicht aber eines Theiles desselben a). II. Wenn das Eigenthum des Bestellers *ex tunc* widerrufen wird (§. 200.). III. Durch Confusion, wenn der Erbpächter das Eigenthum des Grundes, z. B. durch Ersitzung erwirbt, oder wenn mit dem Eigenthume das emphyteutische Recht vereiniget wird, welches letztere in folgenden Fällen Statt hat: 1) wenn die Zeit, bis zu welcher der Erbpacht zugestanden wurde, verflossen ist b); 2) wenn der Erbpächter ohne Erben stirbt; 3) wenn er sein Recht verläßt c), oder 4) der Eigenthümer ihn desselben berauben kann.

---

e) Warnkönig I. N. 342.
f) Zimmern Röm. rechtl. Untersuch. S. 127.
a) c. 1. C. IV. 66. *de jure emphyt.*
b) fr. 3. D. VI. 3. *si ager vectig.*
c) Es ist streitig, ob die Verlassung (derelictio) des Grundes gegen den Willen des Eigenthümers Statt haben könne. Die bejahende

Digitized by Google

Es gibt nähmlich verschiedene Ursachen, vermöge welcher es dem Eigenthümer erlaubt ist, das Erbpachtgut einzuziehen: α) wenn der Erbzins bey weltlichen Gütern durch 3, und bey geistlichen durch 2 Jahre nicht bezahlt wurde d); β) wenn der Erbpächter binnen 3 Jahren dem Eigenthümer die Steuerquittungen nicht vorwies e); γ) wenn er das Gut ohne Anzeige verkaufte und übergab, oder der Kaufpreis auf betrügerische Weise verheimlicht wurde f); δ) wenn er das Gut auf eine bedeutende Art verschlechterte g). Die Wirkungen der Einziehung bestehen nebst dem Verluste des Rechtes und der Zurückstellung der Früchte (man sehe das Ende dieses §.) darin, daß der Erbpächter allen Schaden ersetzen, und den noch schuldigen Zins zahlen muß, und daß er für die allenfalls angebrachten Verbesserungen keinen Ersatz fordern kann h). IV. Durch Verjährung entweder in der Person des Eigenthümers, wenn der Erbpächter durch 30 oder 40 Jahre sein Recht nicht ausübte i), oder in der Person des *emphyteuta*, welcher ohne Widerspruch des Eigenthümers das

---

Meinung scheint die richtigere zu seyn, arg. fr. 1. pr. D. VI. 3. *eod.* Eine Ausnahme hinsichtlich der Patrimonialgüter des Landesfürsten enthält c. 3. C. XI. 61. *de fund. patrimon.* Vergl. Glück Comm. VIII. S. 530. und die folg.

d) c. 2. C. IV. 66. *de jure emphyt.* — Nov. 7. cap. 3. §. 2. Es ist gleichgültig, ob gar kein Zins oder ob er nur zum Theile bezahlt wurde, fr. 85. §. 6. D. XLV. 1. *de verb. oblig.* Auch wird der Eigenthümer, selbst wenn er später den Zins annimmt, dieses seines Rechtes nicht beraubt, wenn er nicht zugleich den Zins für das folgende Jahr annahm, oder wenigstens forderte, wo dann vorausgesetzt wird, daß er stillschweigend in die Fortsetzung des Erbpachtes eingewilligt habe, Glück im citirten Bande S. 439.

e) c. 2. C. IV. 66. *de jure emphyt.*

f) c. 3. C. *eod.*

g) c. 3. C. *eod.* — Nov. 120. c. 8. in fin. Vergl. Kaufmann §. 115. unter E. In allen diesen Fällen haben die Wirkungen der Einziehung ipso jure in so fern Statt, daß der Erbpächter sein Verschulden nicht mehr gut machen kann, aber die Austreibung aus dem Grunde selbst kann nur mittelst gerichtlicher Autorität geschehen, c. 2. C. IV. 66. *eod.*

h) Nov. 7. cap. 3. §. 2. — Nov. 120. c. 8. in fin.

i) Glück Comm. VIII. S. 548. N. 1.

Digitized by Google

Gut durch die gesetzliche Zeit als ein freyes im Besitze hatte k), oder endlich in der Person eines Dritten, welcher ebenfalls ein Gut, das er als ein frey eigenthümliches besitzt, ersitzen kann l). Übrigens mag der Erbpacht auf was immer für eine Weise aufhören; so gelten hinsichtlich der Zurückstellung der Früchte die nähmlichen Grundsätze, die wir weiter unten (§. 283. B.) bey Beendigung des Nießbrauches aufstellen werden m).

§. 231.

Die Klagen aus dem Erbpachte.

Der Erbpächter kann sowohl aus dem Contracte gegen den Eigenthümer a), als auch mit der *utilis rei vindicatio* nicht nur gegen Fremde, sondern auch gegen den Eigenthümer selbst klagen b). Ferner kann er sich der übrigen Klagen, die sonst nur dem Eigenthümer zustehen, *utiliter* bedienen, wie z. B. der *actio confessoria* zur Verfolgung der Dienstbarkeiten, welche mit dem emphyteutischen Grunde verbunden sind c). Der Eigenthümer hat ebenfalls eine persönliche Klage aus dem Contracte gegen den Erbpächter d), und die Eigenthumsklage gegen jeden Fremden, aber vor Beendigung des Erbpachtes nicht gegen den *emphyteuta* e).

---

k) c. 7. §. 6. C. VII. 39. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* „nulla danda licentia ei, qui *emphyteutico jure* rem aliquam 40 vel quoscunque alios annos detinuerit, dicendi, ex transacto tempore dominium sibi in iisdem rebus quaesitum esse“ steht nicht entgegen, denn ganz gewiß kann derjenige, welcher weiß, daß er Erbpächter ist, das Gut nicht ersitzen, indem zu letzterem erfordert wird, daß er dasselbe als sein eigenthümliches Gut besitze.

l) fr. 15. §. 27. D. XXXIX. 2. *de damno infecto.* Die letzteren zwey Fälle sind Arten der Ersitzung, der erstere enthält eine Extinctiv-Verjährung in sich. Vergl. auch Seuffert I. §. 188. N. 3.

m) Thibaut System des Pandectenrechtes, §. 634.

a) c. 1. 2. C. IV. 66. *de jure emphyt.*

b) fr. 1. §. 1. D. VI. 3. *si ager vectig.* — Auch die Publicianische Klage steht dem Erbpächter zu, fr. 12. §. 2. D. VI. 2. *de Publ.*

c) fr. 16. D. VIII. 1. *de servit.*

d) c. 1. 2. C. IV. 66. *de jure emphyt.*

e) Glück Comm. VIII. S. 466.

Digitized by Google

IV. Hauptstück.

Von dem Bodenrechte.

§. 232.

Begriff des Bodenrechtes a).

Superficies oder *superficium* bedeutet ein auf fremden Boden stehendes und damit zusammenhängendes Gebäude, oder ein auf fremdem Gebäude ruhendes Oberzimmer (*coenaculum*) b). Das Bodenrecht, auch Platzrecht (*jus superficiarium*) genannt, ist daher das dingliche Recht, die *superficies* einer fremden unbeweglichen Sache auf immerwährende, oder wenigstens auf nicht gar kurze Zeit zu benützen, und dieselbe unter Lebenden oder auf den Todesfall zu veräußern c). Von den Servituten unterscheidet sich dieses Recht dadurch, daß es weder mit einer bestimmten Person, noch mit einer bestimmten Sache zusammenhängt, und daß es einen größeren Umfang hat, indem es dem Eigenthume nahe kömmt. Von dem Erbpachte ist es vorzüglich darin unterschieden, daß dieses sich nur auf Gebäude, oder auf ein Oberzimmer bezieht, welches auf einem fremden Gebäude ruht, und daß der jährliche Bodenzins (*solarium*) nur dann dem Eigenthümer zu bezahlen ist, wenn er besonders ausbedungen wurde d). Die dabey vorkommenden Personen heißen *superficiarius* und *dominus soli* e).

a) D. XLIII. 18. *de superficiebus.*

b) fr. 2. D. XLIII. 18. *eod.* — fr. 3. §. 7. D. XLIII. 17. *uti possidetis.* Einige weichen wegen fr. 13. pr. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* ab, aber man sehe F. C. v. Buri ausführliche Abhandlung von Bauerngütern. Gießen 1785, S. 571.

c) fr. 1. §. 3. fr. 2. D. XLIII. 18. *de superfic.* — fr. 74. fr. 75. D. VI. 1. *de rei vind.*

d) fr. 15. D. XX. 4. *qui pot. in pign.* Es folgt wohl aus allgemeinen Grundsätzen, daß bey dem Bodenrechte von einem Vorkaufsrechte, wie es der emphyteuta hat, oder von der Verpflichtung, ein laudemium zu zahlen, wie es beym Erbpachte vorkommt, keine Rede seyn könne. Vergl. Buchholtz in s. j. Abh. N. 25., wo 13 Unterschiede zwischen der emphyteusis und superficies aufgestellt werden, von denen die meisten richtig sind, nur sind wir mit den unter 2. 7. 13. angeführten nicht einverstanden.

e) fr. 3. §. 7. D. XLIII. 17. *uti possidetis.*

Digitized by Google

§. 233.

Rechte und Verpflichtungen des Superficiars.

Der Superficiar hat nicht nur das Recht, die Superficies zu benützen a), sondern auch über dieselbe zu verfügen, daher kann er sie mit Servituten belasten, verpfänden b), auf seine Erben übertragen c), und sein Recht nicht nur mit persönlichen d), sondern auch *utiliter* mit dinglichen Klagen verfolgen, und zwar sowohl gegen Fremde, als auch gegen den Eigenthümer selbst e); endlich bedient er sich zur Wiedererlangung des *quasi* Besitzes seines Rechtes der gewöhnlichen Interdicte *de vi* und *de precario* f), zum Schutze des gestörten Besitzes gab ihm der Prätor ein besonderes Interdict *de superficiebus*, welches aber hinsichtlich der Wirkungen von dem Interdicte *uti possidetis* nicht unterschieden ist g). Im Gegentheile kann der Eigenthümer die *superficies* direct von einem Dritten vindiciren h), und fordern, daß der Superficiar den verabredeten Bodenzins zahle i), und die auf der *superficies* lastenden Steuern berichtige k).

§. 234.

Bestellung und Beendigung des Superficiar-Rechtes.

Das Superficiarrecht wird bestellt: I. durch Verträge, und zwar nicht nur durch solche, welche zur Übertragung des Ei-

a) fr. 1. §. 6. D. XLIII. 18. *de superf.*
b) fr. 1. pr. D. VII. 4. *quibus modis ususfruc. amitt.* — fr. 13. §. 3. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 1. §. 6. §. 9. D. *h. t.*
c) fr. 10. D. X. 2. *familiae ercisc.*
d) fr. 1. §. 5. D. XLIII. 18. *h. t.*
e) fr. 1. pr. §. 3. D. *eod.* — fr. 12. §. 3. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.* — fr. 10. D. X. 2. *famil. ercisc.* — fr. 16. §. 2. D. XIII. 7. *de pignor. act.* — fr. 3. §. 3. D. XXXIX. 1. *de op. nov. nunt.*
f) fr. 1. §. 5. D. XLIII. 16. *de vi.* — fr. 2. D. XLIII. 26. *de precario.*
g) fr. 1. pr. §. 1. 2. D. *h. t.* — fr. 3. §. 7. D. XLIII. 17. *uti possidetis.*
h) fr. 1. §. 4. D. *h. t.*
i) fr. 15. D. XX. 4. *qui potior.*
k) fr. 1. §. 6. D. *h. t.* — arg. fr. 7. §. 2. D. VII. 1. *de usufr.* — fr. 39. §. 5. D. *de legat.* I.

Digitized by Google

genthums geeignet sind, sondern auch durch den Pacht- oder Miethcontract a); II. durch letzten Willen b). Die Meisten rechnen auch noch hieher die Ersitzung, allein davon kömmt in den Quellen keine Erwähnung vor, so wie auch keine besondern Ursachen des Verlustes dieses Rechtes angegeben sind; daher sind die allgemeinen Gründe des Verlustes, wie die Confusion, die Verjährung, der Verlauf der Zeit, auch hier anzuwenden; ausdrücklich ist aber angezeigt, daß durch den Untergang des ganzen Gebäudes das Superficiarrecht verloren gehe c), auch behauptet man mit Grund, daß der Superficiar seines Rechtes beraubt werde, wenn er durch 2 Jahre mit dem Bodenzinse im Rückstande ist d).

V. Hauptstück.

Vom Pfandrechte a).

Erster Titel.

Von der Natur des Pfandrechtes, von den Gegenständen und dem Umfange desselben.

§. 235.

Kurze historische Beleuchtung.

Anfangs haben die Römer zur Sicherstellung der Gläubiger das Mittel angewendet, daß die Schuldner ihren Gläubi-

a) fr. 1. §. 1. 3. 7. fr. 2. D. *h. t.* Daß zur Erlangung dieses dinglichen Rechtes die Übergabe nicht nothwendig sey, erhellet daraus, daß es durch einen Mieth- oder Pachtcontract begründet werden kann, fr. 1. §. 1. D. *h. t.*

b) fr. 1. §. 7. D. *h. t.*

c) fr. 39. §. 2. D. XXXIX. 2. *de damno infecto.*

d) fr. 15. D. XX. 4. *qui potior in pign.* verbunden mit fr. 1. §. 1. D. *h. t.* „nam si conduxit superficiem, ex conducto etc.“ — fr. 54. §. 1. fr. 56. D. XIX. 2. *locati.*

a) D. XX. et C. VIII. 14 — 35. — *Hugonis Donelli* tractatus de pignoribus et hypothecis, 1558. — E. Ch. Westphal Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen Röm. Gesetze vom Pfandrechte. Leipzig 1770, 3. Ausgabe 1801. — F. C. Gesterding die Lehre vom Pfandrechte, dogmatisch-polemisch.

Digitized by Google

gern etwas mittelst der *mancipatio* oder *in jure cessio* verkauften, zugleich aber den Nebenvertrag hinzufügten, der Gläubiger solle nach Bezahlung der Schuld jene Sache zurückverkaufen. Da später diese Formular-Jurisprudenz außer Übung kam, wurden die Sachen auch ohne Verkauf zur Sicherung der Forderung als verpfändet betrachtet, wenn sie zu diesem Zwecke übergeben wurden, ja auch ohne Übergabe, wenn Jemand seinen Willen, eine Sache zu verpfänden, mittelst Stipulation (§. 515.) erklärte. Endlich genügte dazu durch die Verfügung des Prätors auch ein einfacher Vertrag ohne Stipulation b).

§. 236.

Unterschied zwischen Pfand und Hypothek.

Das Pfand ist überhaupt das dem Gläubiger zugestandene dingliche Recht an einer fremden Sache, damit er aus dieser, wenn die Schuld nicht in gehöriger Zeit bezahlt wird, Befriedigung erlangen könne a). Es heißt Pfand im strengen Sinne, wenn der Besitz der verpfändeten Sache auf den Gläubiger übertragen wurde; Hypothek, wenn die verpfändete Sache sowohl im Besitze, als in der Inhabung des Schuldners bleibt, doch bewirket die Hypothek nicht minder, als das eigentliche Pfand ein dingliches Recht b). Nebst der Thatsache, wodurch ein Pfand

---

Greifswalde 1816, 2. Aufl. 1831. und die ausf. Rec. darüber von Hepp in der Haller allgem. Litz. 1832. N. 61—67. — Glück Comm. XVIII. und XIX. B.

b) *Meister* jus rom. priv. §. 353.

a) Wenn aber eine Forderung (nomen) verpfändet wird; so entsteht daraus nicht unmittelbar ein dingliches Recht, §. 238. N. d. — v. Wening I. 2. Buch, §. 125. — Warnkönig I. N. 350. Hier wird also das Wort Pfand (pignus) für das Recht auf die verpfändete Sache genommen, sonst bedeutet es auch den Pfandcontract, fr. 1. §. 4. D. II. 14. *de pactis.* — fr. 5. §. 2. D. XIII. 6. *commodati*, oder die verpfändete Sache selbst, fr. 9. pr. D. IV. 4. *de minor.* — fr. 74. §. 1. D. XXI. 2. *de evict.* Über das Pfandrecht der eigenen Sache sehe man §. 248. am Ende.

b) fr. 238. §. 2. D. L. 16. *de verb. sign.* — fr. 9. §. 2. fr. 35. §. 1. D. XIII. 7. *de pignorat. act.* — §. 7. J. IV. 6. *de action.* Glück Comm. XIV. §. 861. S. 2—5.

Digitized by Google

bestellt wird, ist noch erforderlich, daß der Schuldner eine Verpflichtung habe, vermöge welcher die Sicherheit geleistet wird, und daß die Sache einer Verpfändung fähig sey, wovon wir nun im Einzelnen handeln wollen.

§. 237.

Von der Schuld, für welche ein Pfand bestellt wird.

Ein Pfand kann nicht nur für eine eigene, sondern auch für eine fremde Schuld bestellt werden a), für eine unbedingte nicht minder, als für eine unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung eingegangene b). Wenn aber eine *obligatio naturalis* von den Gesetzen gänzlich verworfen ist, oder eine Civil-Obligation durch eine Einrede entkräftet werden kann (§. 457); so darf auch dafür kein Pfand bestellt werden, und die allenfalls schon übergebene Sache kann der Schuldner vindiciren c). Gleichgültig aber ist es, ob die Schuld in Gelde, oder einer andern nach Geld schätzbaren Sache bestehe d).

§. 238.

Von den Sachen, die verpfändet werden können. a)

Alle jene Sachen können verpfändet werden, die im Verkehre stehen b), und deren Veräußerung durch das Gesetz nicht verbothen ist (§. 198. Note b), gegenwärtige und zukünftige c), körperliche und unkörperliche, z. B. Schuldforderungen d) und

---

a) fr. 5. §. 2. D. XX. 1. *de pign.*
b) fr. 5. pr. D. XX. 1. *eod.*
c) fr. 25. D. XX. 1. *eod.* — fr. 32. §. 1. D. XVI. 1. *ad SCtum Vellej.*
d) fr. 5. pr. D. XX. 1. — fr. 9. §. 1. D. XIII. 7. *de pign. act.*
a) D. XX. 3. *quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt.* — C. VIII. 17. *quae res pignori obligari possunt, vel non.*
b) c. 3. 6. C. VIII. 17. *h. t.* — fr. 9. §. 1. D. XX. 1. *de pign.*
c) fr. 15. pr. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 11. §. 3. D. XX. 4. *qui potior in pign.*
d) Wenn eine Schuldforderung, aus der nur ein persönliches Recht

andere Rechte, wie das Erbpacht- und Bodenrecht e); ja selbst das Pfandrecht kann wieder weiter verpfändet werden f). Von den persönlichen Dienstbarkeiten sind der Nießbrauch g) und das Wohnungsrecht h) einer Verpfändung fähig. Die dinglichen Dienstbarkeiten können der Regel nach nur mit dem Gute, zu welchem sie gehören, verpfändet werden i); doch wurde des Nutzens wegen die Gültigkeit eines solchen Vertrages angenommen, daß der Gläubiger, welcher ein benachbartes Grundstück hat, sich, so lange die Schuld nicht bezahlt ist, der Landdienstbarkeiten bedienen könne, und daß es ihm, wenn er zur gehörigen Zeit seine Befriedigung nicht erhält, erlaubt sey, dieselben an einen andern Nachbar zu verkaufen k).

§. 239.

Umfang des Pfandrechtes, und zwar 1) in welcher Ausdehnung die verpfändeten Sachen dem Rechte des Gläubigers unterworfen seyen.

Um bestimmen zu können, in welchem Umfange die verpfändeten Sachen dem Rechte des Gläubigers unterworfen seyen,

---

entspringt, verpfändet wurde; so entsteht daraus zunächst kein dingliches Recht, da der Gläubiger nur die Befugniß hat, die nähmliche Klage anzustrengen, welche dem Schuldner zukömmt, fr. 18. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 20. D. XX. 1. *de pign.* — c. 4. C. VIII. 17. *h. t.* — fr. 54. fr. 175. D. L. 17. *de reg. jur.* Wenn aber dem Gläubiger nach angestrengter Klage von dem Belangten eine verpfändungsfähige Sache übergeben wurde; so erhält jener nun an dieser Sache ein dingliches Recht, fr. 18. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 13. §. 2. D. XX. 1. *de pign.* Vergl. den §. 254 am Ende.

e) fr. 16. §. 2. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 13. §. 3. D. XX. 1. *de pign.*

f) fr. 13. §. 2. D. XX. 1. *de pign.* — c. 1. 2. C. VIII. 24. *si pign. pignor.*

g) fr. 11. §. 2. fr. 15. pr. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 8. pr. D. XX. 6. *quibus modis pignus solvitur.*

h) Aber nicht das Gebrauchsrecht „nam fructus rei est, pignori dare licere.“ fr. 49. D. XXII. 1. *de usur.*

i) fr. 16. D. VIII. 1. *de servit.*

k) fr. 12. D. XX. 1. *de pign.* Vergl. auch fr. 11. §. 3. D. *eod.*

Digitized by Google

müssen wir zwischen dem besonderen und dem allgemeinen Pfandrechte unterscheiden. Das besondere bezieht sich sowohl auf einzelne, als auf Gesammtsachen; das allgemeine umfaßt das ganze Vermögen des Schuldners. I. Ist eine einzelne Sache verpfändet worden; so unterliegt nicht nur sie selbst, sondern auch jeder Zuwachs, wie z. B. die Alluvion, ein aufgeführtes Gebäude u. dgl., dem Rechte des Gläubigers. a) Auch die hängenden oder vom Schuldner selbst percipirten und noch vorhandenen Früchte sind der Verpfändung unterworfen b), wie nicht minder alle Sachen, welche zum beständigen Gebrauche mit der Hauptsache verbunden wurden c), keineswegs aber die Surrogate derselben, wie das aus dem Verkaufe des Pfandes oder der Früchte desselben gelöste Geld d), auch nicht eine neue, zu einer andern Classe der Dinge gehörende *species*, die aus der verpfändeten beweglichen Sache gemacht wurde, wenn man nicht ausdrücklich bey Bestellung des Pfandes dazusetzt: „und was immer aus demselben gemacht wird" e). II. Wurde eine Gesammtsache verpfändet, als ein Schiff, ein Haus, eine Herde, ein Warenlager; so ist bloß diese Gesammtsache verpfändet, die einzelnen Theile aber, wenn sie davon getrennt werden, unterliegen dem Pfandverbande nicht mehr, wie die aus der Herde abgegangenen Stücke, oder die aus dem Warenlager verkauften Waren; allein das, was an die Stelle der abgegangenen Stü-

---

a) fr. 16. pr. fr. 29. §. 1. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 18. §. 1. fr. 21. D. XIII. 7. *de pign. act.* Vergl. Roßhirt in s. Arch. I. 1. S. 1—40. über das General- und Special-Pfandrecht der Römer.

b) fr. 1. §. 2. fr. 16. §. 4. D. XX. 1. *de pignor.* — c. 3. C. VIII. 15. *in quib. caus. pign.*

c) fr. 32. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 7. §. 1. D. XX. 2. *quae res pign.*

d) c. 3. C. VIII. 15. *in quib. caus.* — fr. 7. §. 1. *in fin.* D. XX. 4. *qui potior in pign.*

e) fr. 18. §. 3. D. XIII. 7. *de pign. act.* Es schadet also nicht, wenn die Form einer unbeweglichen Sache verändert wird, fr. 16. §. 2. fr. 29. §. 2. D. XX. 1. *de pignor.*

Digitized by Google

cke gesetzt wurde, ist dem Pfande unterworfen f). III. Unter dem allgemeinen Pfande werden alle Güter des Schuldners, die körperlichen und unkörperlichen g), die gegenwärtigen sowohl als die zukünftigen begriffen, und der Pfandverband dauert fort, wenn sie auch veräußert werden: daher bleibt die verkaufte Sache verpfändet, ungeachtet der gelöste Kaufschilling ebenfalls dem Pfandrechte des Gläubigers unterworfen wird h). Doch sind von dem allgemeinen Pfandrechte 1) alle jene Sachen ausgeschlossen, deren Veräußerung und Verpfändung verbothen ist (§. 238. am Anfange); 2) bey freywilligen Verpfändungen ist auch das ausgeschlossen, von dem es wahrscheinlich ist, daß es der Schuldner entweder wegen des täglich nothwendigen Gebrauches, wie die nöthigen Einrichtungs- und Kleidungsstücke, oder wegen einer besondern Zuneigung, wie z. B. gegen die Concubine, gegen natürliche oder Pflegekinder nicht verpfänden wollte i); 3) gehören nicht darunter jene Güter, welche der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers veräußerte, dann aber wieder erlangte k);

---

f) fr. 13. pr. fr. 34. pr. D. XX. 1. *eod.* — Das fr. 26. §. 2. D. *eod.* steht nicht entgegen, denn es handelt gar nicht von einer Gesammtsache. Anderer Meinung ist Zimmern in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. Gießen 1828. I. 1. S. 49, allein der von ihm gemachte Unterschied scheint dem Begriffe einer Gesammtsache nicht zu entsprechen.

g) fr. 29. §. 3. fr. 34. §. 2. D. XX. 1. *de pign.*

h) c. 9. in fin. C. VIII. 17. *quae res pign.* — fr. 15. §. 1. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 47. pr. D. XLIX. 14. *de jure fisci.*

i) fr. 6. 7. 8. D. XX. 1. *de pign.* — c. 1. C. VIII. 17. *quae res pign.*

k) c. 11. C. VIII. 26. *de remissione pign.* Dazu darf aber das nicht gerechnet werden, was nach aufgelöster Veräußerung wieder zu dem Schuldner zurückkehrt; denn dieß wird so betrachtet, als wenn es nie veräußert worden wäre, fr. 4. §. 2. fr. 10. pr. D. XX. 6. *quibus modis pign. solv.* — Der im Texte angeführte Satz enthält die gemeine Meinung; Vermehren glaubt aber im Arch. f. C. Pr. XIII. 1. S. 29., jener Satz sey zu beschränken, und die c. 11. in der Art zu erklären, daß die von dem Schuldner wieder erworbene Sache zwar in das General-Pfand falle, aber nicht so, als sey sie gleich vom Anfange der Bestellung mitverpfändet gewesen, sondern erst von dem Augenblicke, wo der Schuldner die Sache wieder erwarb. — Die Textirung ist wirklich so beschaffen, daß es scheint, als habe Justinian eine Mittelmeinung

Digitized by Google

4) begreift ein allgemeines Pfandrecht, welches der Erblaſſer beſtellte, das Vermögen des Erben nicht in ſich 1).

§. 240.

2) Für welche Schuld das Pfand hafte.

Das Pfand haftet nur für jene Schuld, für welche es gegeben wurde; daher kann ſich der Gläubiger daraus wegen einer andern Verpflichtung des Schuldners nicht zahlhaft machen; aber das Recht hat er, die verpfändete Sache wegen einer Chirographar-Schuld zurückzuhalten a) (§. 104. N. 3.). Ferner bleibt die ganze Sache auch wegen des kleinſten Theiles der Schuld noch verpfändet b), und ſie haftet nicht nur für die Hauptſchuld, ſondern auch für die Acceſſionen, wie für die Verzugszinſen c), oder für jene Zinſen, die aus dem Vertrage zu leiſten ſind, außer ſie wären erſt nach der Beſtellung des Pfandes verſprochen

---

zwiſchen den ſich widerſtreitenden Anſichten der alten Juriſten aufſtellen wollen, von denen die einen das Erlöſchen des Pfandes auf immer, die andern die Wiederauflebung bis zum Augenblicke der urſprünglichen Beſtellung vertheidigten. Doch muß, wenn man die Richtigkeit der Anſicht von Vermehren zugibt, zugleich angenommen werden, daß bey einem allgemeinen Pfande die von dem Schuldner ſpäter erworbenen Sachen nicht von dem Augenblicke der Erwerbung, ſondern der Beſtellung des Pfandrechtes als verpfändet zu betrachten ſeyen, welcher Meinung auch wir am Ende des §. 242 beypflichten, ſo daß jene alten Juriſten, welche die Wiederauflebung des Pfandrechts behaupteten, dieſelbe auf die Entſtehung des General-Pfandes zurückbeziehen mußten; denn ſonſt enthielte Juſtinians Entſcheidung keine Mittelmeinung, und es würde überhaupt, wenn jener Satz nicht wahr iſt, auch dieſe ganze neue Interpretation unſtatthaft ſeyn.

1) fr. 29. pr. D. XX. 1. *de pign.*

a) Jede Schuld, die durch kein Pfandrecht gedeckt iſt, heißt Chirographar-Schuld, und die Gläubiger werden Chirographar-Gläubiger genannt, c. un C. VIII. 27. *etiam ob chirogr. pec.* Das Retentionsrecht iſt von dem Pfandrechte darin unterſchieden, daß jenes weder ein dingliches Recht iſt und die Veräußerungsbefugniß nicht in ſich enthält, noch auch eine Klage hervorbringt, ſondern nur eine Einrede gegen den Kläger. Vergl. v. Wening I. B. 1. Buch, §. 169.

b) fr. 9. §. 3. D. XIII. 7. *de pign. act.*

c) fr. 8. §. 5. D. XIII. 7. *cit.* — fr. 18. D. XX. 4. *qui potior in pign.*

Digitized by Google

worden d); ferner für die Conventionalstrafe unter der nähmlichen Bedingung, die wir bey den Vertragszinsen anführten e), endlich für die auf die Sache verwendeten Auslagen, in so weit sie gefordert werden können f), wozu auch mit Recht die Prozeßkosten gerechnet werden g).

Zweyter Titel.

Von der Bestellung des Pfandrechtes.

§. 241.

Im Allgemeinen.

Das Pfandrecht wird entweder durch den Willen des Verpfänders, oder ohne denselben bestellt. Ersteres nennt man ein freywilliges (*voluntarium*), letzteres ein nothwendiges (*necessarium*). Das freywillige kann auf einem Vertrage, oder auf einem letzten Willen beruhen (vertragsmäßiges und testamentarisches Pfandrecht), beydes ist ein ausdrückliches oder ein stillschweigendes. Wenn über das ausdrückliche vertragsmäßige Pfand vom Magistrate, oder von einem öffentlichen Notar eine Urkunde verfaßt wurde, so nennt man das Pfand ein öffentliches (*publicum*), oder *quasi publicum*, wenn die Urkunde wenigstens von 3 glaubwürdigen Männern unterschrieben ist, sonst aber heißt es ein Privat-Pfand (*pignus privatum*) a). Das nothwendige Pfand beruht entweder auf einem obrigkeitlichen Decrete (*pignus praetorium* und *judiciale*) oder unmittelbar auf dem Gesetze (*pignus legale* oder *tacitum*) b).

---

d) c. 4. C. IV. 32. *de usuris.* — fr. 11. §. 3. D. XIII. 7. *de pign. act.*

e) fr. 13. §. 6. D. XX. 1. *de pign.*

f) c. 6. C. VIII. 14. *de pign.* — Das fr. 8. §. 5. D. XIII. 7. beschränkt das Recht des Gläubigers nicht bloß auf die nothwendigen Auslagen, wie Mehrere glauben.

g) v. Wening I. 2. §. 129. N. 5.

a) c. 11. C. VIII. 18. *qui potior in pignor.*

b) Einige rechnen hieher noch eine dritte Art des nothwendigen Pfandes, nähmlich das ersessene, wenn der Gläubiger ohne Einwilli-

Digitized by Google

§. 242.

Von dem vertragsmäßigen Pfandrechte.

Ein Pfand kann sowohl der Eigenthümer ausdrücklich und stillschweigend a), wie auch ein Anderer, dem der Eigenthümer oder das Gesetz die Veräußerungsbefugniß ertheilte b), bestellen. Hat der redliche Besitzer ein Pfandrecht eingeräumt, so schützt es der Prätor c). Daß der Nutznießer (§. 282. IV.), der Erbpächter (§. 227. II.), der Superficiar (§. 223.) und der Pfandgläubiger (§. 238. f.) mit der Wirkung eine Sache verpfänden, daß, wenn ihr Recht aufhört, auch das Pfandrecht erlischt, ist an andern Orten angedeutet. Räumt Jemand an einer fremden Sache ein Pfandrecht ein, so hat dieß hinsichtlich des Eigenthümers keine Wirkung d), wenn nicht seine Einwilligung oder

---

gung des Eigenthümers eine Sache im guten Glauben und aus dem rechtmäßigen Titel des Pfandvertrages durch die gehörige Zeit besitzt. Aber es scheint richtiger, ein solches Pfandrecht zu läugnen, theils weil kein Gesetz besteht, auf welches es sich gründet, theils weil die c. 6. C. VIII. 16. *si aliena res.* ausdrücklich dagegen ist.

a) Stillschweigend scheint er eingewilliget zu haben, wenn er wegen einer Schuld dem Gläubiger den Besitz seiner Sache einräumte, c. ult. C. VIII. 17. *quae res pign.*, oder wenn er für den Schuldner Bürgschaft leistete, da er wußte, daß dieser seine d. i. des Bürgen Sachen verpfändete, fr. 5. §. 2. D. XX. 2. *in quibus causis pign.*

b) Ja auch dann, wenn der Procurator ohne Einwilligung des Eigenthümers ein Pfandrecht bestellte, ist dieses gültig, sobald das Geld des Gläubigers zum Nutzen des Eigenthümers verwendet wurde, c. 1. C. VIII. 16. *si aliena res pign.*

c) fr. 18. fr. 21. §. 1. D. XX. 1. *de pign.*

d) fr. 2. fr. 16. §. 1. D. XIII. 7. *de pign. act.* — c. 2. 4. 6. C. VIII. 16. *si aliena res pign.* Daß gegen den Verpfänder selbst die Hypothekarklage Statt habe, ohne daß er sich mit der Einrede des ihm nicht zustehenden Eigenthums schützen könnte, behaupten Mehrere wegen des fr. 21. §. 1. D. XX. 1. *de pign.*; allein dieses Fragment spricht von dem Pfande, welches ein redlicher Besitzer bestellte, welches allerdings nach dem Prätorischen Rechte Kraft hat. Vergl. im Arch. f. Civ. Prax. IX. 2. S. 258 und 259. Meyer über die Verpfändung einer fremden Sache. — In Nov. 115. c. 3. §. 13. kommt ein Fall vor, wo fremdes Vermögen gültig verpfändet werden kann.

Digitized by Google

Genehmigung erfolgte e), oder wenn er wußte, daß der Schuldner seine Sache verpfände, und um den unwissenden Gläubiger zu hintergehen, dazu schwieg f); aber unter der Bedingung kann ein Pfand gültig bestellt werden, wenn der Verpfänder Eigenthümer der verpfändeten Sache werden sollte g), welche Bedingung sich auch stillschweigend versteht, wenn Jemand eine Sache verpfändet, die ihm ein Anderer schuldig ist h). Doch erlangt das an einer fremden Sache unbedingt zugestandene Pfandrecht später Gültigkeit, wenn der Schuldner das Eigenthum der verpfändeten Sache erlangte, und der Gläubiger nicht wußte, daß die Sache eine fremde sey i), oder wenn der Eigenthümer den Schuldner beerbte k).

---

e) fr. 16. §. 1. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 20. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.*

f) c. 2. C. VIII. 16. *si aliena res.*

g) fr. 16. §. 7. D. XX. 1. *de pignor.*

h) fr. 1. pr. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 3. §. 1. D. XX. 4. *quipotior.*

i) fr. 41. D. XIII. 7. *de pign. act.* — c. 5. C. VIII. 16. *si aliena res pign.* Wußte der Gläubiger, daß die Sache eine fremde sey, so erlangt er im gegebenen Falle nur das Retentionsrecht, fr. 1. pr. D. XX. 1. *de pign.*

k) fr. 41. D. XIII. 7. *de pign. act.* und fr. 22. D. XX. 1. *de pign.* widersprechen sich, und umsonst bemühen sich die Ausleger, diese zwey Stellen zu vereinigen. Kaufmann (§. 116. N. n.) glaubt mit Günther (§. 664. am Ende) und mehreren Anderen, diese Stellen können so vereiniget werden, wenn man behauptet, die Verpfändung habe Gültigkeit, wenn sie ohne Wissen, aber nicht gegen den Willen des Erben geschah, da für diese Meinung auch das Ansehn der Basiliken streitet; allein mit Recht bemerkt Glück in seinem Comm. XIV. S. 34., daß es in dem Falle, als die Gültigkeit eines Geschäftes von der Einwilligung eines Dritten abhängt, gleichgültig sey, ob dieser gar keine Kenntniß von dem Geschäfte habe, oder ob es gegen dessen Willen eingegangen wurde, denn in beyden Fällen geht die Einwilligung desselben ab. Über die Vereinigungsversuche Anderer sehe man Glück am angezeigten Orte. — Ist zwischen mehreren Stellen derselben Sammlung ein offenbarer Widerspruch; so ist jene Auslegung vorzuziehen, welche dem Geiste des Justinianeischen Rechtes mehr entspricht (§. 33. am Ende), und uns scheint die Meinung des Modestinus in fr. 22. D. XX. 1., welche wir im Texte des Paragraphen ausdrückten, dem Geiste der Sammlung mehr zu entsprechen. Man vergl. fr. 1. pr. §. 1. D. XXI. 3. *de except. rei vend. et trad.* „Marcellus scribit: si alienum fundum vendideris, et tuum po-

Digitized by Google

Übrigens wird das Pfandrecht durch bloßen Vertrag erworben, und zwar nicht nur bey der Hypothek l), sondern auch bey einer Sache, die nach der Verabredung der Paciſcenten früher oder ſpäter Pfand im eigentlichen Sinne werden ſoll; denn wenn auch letzteres erſt durch die Übergabe zu einem eigentlichen Pfande wird, ſo erwirbt doch der Gläubiger in dem Augenblicke ein dingliches Recht, als die Contrahenten über die gegenwärtige Verpfändung einer Sache ſich vereinigten m), und was früher Hypothek war, wird dann durch die Übergabe ein Pfand im ſtrengen Sinne.

Noch iſt die Frage zu erörtern, von welchem Augenblicke ein vertragsmäßiges Pfand Gültigkeit habe?

Folgende allgemeine Regel kann hierüber aufgeſtellt werden: Das vertragsmäßige Pfandrecht hat, ſo wie jedes andere, von dem Augenblicke an Wirkſamkeit, als es nicht mehr von der Willkühr des Verpfänders abhängt, ob es gelten ſoll oder nicht. Aus der Anwendung dieſes Grundſatzes auf einzelne Fälle ergeben ſich nachſtehende Folgerungen: 1) Wenn die Hauptſchuld ſchon beſteht, aber die Erfüllung derſelben von einem gewiſſen Tage abhängt, ſo gilt das Pfandrecht gleich von dem Augenblicke des darüber eingegangenen Vertrages n); 2) wurde ein Pfand für eine bedingte Schuld verſprochen, ſo fängt es erſt von dem Augenblicke des Eintrittes der Bedingung zu gelten an, wenn die Erfüllung derſelben von der Willkühr des Schuldners abhängt;

---

stea factum petas, hac te exceptione repellendum. *Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem dicendum.*“ Mühlenbruch II. §. 416. N. 9. — Glück S. 34. vertheidigt die entgegengeſetzte Meinung des Paulus in fr. 41. D. XIII. 7. — Meyer emendirt in der angeführten Abhandlung S. 262. das fr. 41. ſo, daß kein Widerſpruch vorhanden iſt; gegen ihn ſchrieb aber Müller im Arch. für Civ. Prax. XI. 3. S. 399.

l) c. 2. 9. C. VIII. 17. *quae res pign. obligari poss.*

m) fr. 1. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 13. §. 3. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 17. §. 2. D. II. 14. *de pactis.*

n) fr. 12. §. 2. fr. 9. pr. D. XX. 4. *qui potior.* Vergl. die Abhandlung Hepps, die wir §. 246. Note a. citirten.

Digitized by Google

sonst aber erlangt es rückwärts in der Art Gültigkeit, daß gleich beym Beginne des Hauptcontractes auch das Pfandrecht als geltend angenommen wird o). 3) Das Nähmliche hat Statt, wenn für eine unbedingte Schuld ein Pfand unter einer Bedingung p), oder ein Pfand für eine künftige Schuld bestellt wurde q). 4) Wenn ein anfänglich ungültiges Pfand später Gültigkeit erlangt, so hat es auch nur von der Zeit der erlangten Gültigkeit eine Wirkung r); kommt es aber durch die nachfolgende Genehmigung des Eigenthümers zur Kraft, so wird es als gleich Anfangs gültig angesehen s). 5) Bey dem allgemeinen Pfandrechte scheint es, daß die nach der Bestellung desselben erworbenen Sachen nicht von dem Augenblicke der Erwerbung, sondern von der Zeit des eingegangenen Pfandcontractes verpfändet seyen t).

---

o) fr. 4. D. XX. 3. *quae res pign. vel hypoth.* — fr. 9. pr. §. 1. fr. 11. pr. §. 1. D. XX. 4. *qui potior.*

p) fr. 13. §. 5. D. XX. 1. *de pign. et hypoth.* — fr. 11. §. 2. D. XX. 4. *qui potior. in pign.*

q) fr. 1. pr. §. 1. fr. 11. pr. D. XX. 4. *eod.* Daraus ist auch ersichtlich, warum in dem Falle, als Jemand Geld zu leihen nehmen will, und dafür ein Pfand bestellt, dieses nicht früher Gültigkeit hat, als bis ihm das Geld aufgezählt wurde, da es in seiner Willkühr steht, dasselbe auch nicht anzunehmen; hat er sich aber zur Annahme verpflichtet, so gilt es schon von dem Augenblicke des Pfandvertrages, fr. 4. D. XX. 3. *quae res pign.* — fr. 30. D. XII. 1. *de reb. cred.* — Fritz in s. Erl. zu Wening II. S. 426.

r) c. 6. C. V. 4. *de nupt.*

s) fr. 20. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 16. §. 1. fr. 21. pr. D. XX. 1. *de pign.*

t) fr. 9. §. 3. fr. 14. fr. 21. pr. D. XX. 4. *qui potior. in pign.* — Für die entgegengesetzte Meinung werden angeführt fr. 7. §. 1. fr. 11. §. 2. D. XX. 4. *eod.* — fr. 34. §. 2. D. XX. 1. *de pign.*, aber wenn man diese Stellen genau überlegt; so begünstigen sie diese Meinung keineswegs. Ist die Erklärung der c. 11. C. VIII. 26. *de rem. pign.*, welche Vermehren im Arch. für C. Pr. XIII. 1. S. 29. gab, richtig; so bildet sie einen wichtigen Beweis für unsere Behauptung (vergl. §. 239. N. k.). Glück im Comm. XVIII. S. 213—218. und XIX. S. 232—246, dann Hepp im Arch. f. Civ. Prax. X. 2. S. 295. streiten für die gegentheilige Meinung. Mit uns übereinstimmend ist Unterholzner in seinen jur. Abhandlungen. München 1810, S. 74. und folg. Neuerdings traten Roßhirt in seiner Zeitschr. für Civil- und Criminal-

Digitized by Google

§. 243.

Testamentarisches Pfandrecht.

Auch durch letzten Willen kann zur Sicherheit der Legatare a) und der Gläubiger b) ein Pfandrecht sowohl ausdrücklich, als stillschweigend bestellt c) werden; allein es scheint kaum, daß sich der Vorzug des öffentlichen Pfandes auf das testamentarische beziehen lasse d).

§. 244.

Prätorisches Pfandrecht.

Das Prätorische Pfandrecht ist zweyfach; im strengen Sinne wird jenes so genannt, welches durch ein Decret des Prätors noch vor Einlassung in den Prozeß a) durch Einführung in die Güter des Schuldners *(missio in bona)* mit der Wirkung Statt hat, daß der Gläubiger bloß die Verwahrung und Inhabung, aber zugleich das Pfandrecht erhalte; wenn aber der Schuldner seiner Obliegenheit noch nicht nachkömmt, so erlangt der Gläubiger mittelst zweyten Decretes den wahren Besitz und die Veräußerungsbefugniß b).

---

recht. Heidelberg 1831. I. 1. S. 22. und Hepp in ders. Zeitschr. I. 3. S. 336. für die entgegengesetzte Meinung auf; allein ungeachtet vorzüglich des Letzteren Exegese sehr scharfsinnig ist, so haben wir doch noch nicht die volle Überzeugung von der Richtigkeit derselben erlangen können. Auch Fritz in s. Erört. zu Wening II. S. 415. ist unserer Meinung; ihm war aber der letzte Aufsatz Hepps noch unbekannt.

a) c. 1. C. VI. 43. *commun. de legat.* in den Worten: „cum hoc jam jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare.“

b) fr. 26. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.*

c) Glück Comm. XVIII. S. 191.

d) Denn sicher kann man aus c. 11. C. VIII. 18. *qui potior. in pign.*, und insbesondere aus demjenigen, was hier von den instrumentis quasi publicis gesagt wird, schließen, daß der Kaiser auf das testamentarische Pfandrecht nicht gedacht habe, Mühlenbruch II. §. 419.

a) Vergl. §. 112. Note o.

b) fr. 10. §. 1. D. XLI. 2. *de adquir. vel amitt. poss.* — fr. 7. §. 1. D. XLII. 4. *quibus ex causis in poss.*

Digitized by Google

Diese Einweisung in die Güter geschieht *crediti servandi causa*, z. B. wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist (§. 266. am Ende) c); *legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*, wenn derjenige, der ein Legat oder ein Fideicommiß unter einer Bedingung zu leisten hat, eine Caution zu geben sich weigert d); *damni infecti nomine*, wenn der Eigenthümer einer den Einsturz drohenden Sache die Caution verweigert (§. 616.); *ventris nomine, ex edicto Carboniano* (§. 393. und 394.), und wenn die Erbschaft einem Wahnsinnigen anfiel (§. 395.). Die Einweisung geschieht entweder in das ganze Vermögen des Schuldners, oder in eine einzelne Sache, daher ist das Prätorische Pfand entweder ein allgemeines oder ein besonderes. Ferner ist zu bemerken, daß mehrere Gläubiger, wenn sie auch zu verschiedenen Zeiten in die Güter des Schuldners eingewiesen wurden, unter sich keinen Vorzug haben e). Die zweyte Art bildet das richterliche *(judiciale)* Pfand, welches vom competenten Magistrate f) zur Exequirung eines rechtskräftigen Urtheils g) bestellt wird. Das Pfandrecht fängt aber erst nach Ergreifung der Sache an h), und unter Mehreren, die auf einen Gegenstand ein richterliches Pfandrecht erhielten, hat der den Vorzug, welcher dasselbe früher erwirkte i).

---

c) Andere Beyspiele sehe man in Mühlenbruch I. §. 167.

d) Diese Einweisung ist nach neuerem Rechte, indem die Legatare ein gesetzliches Pfandrecht erhielten, als überflüßig durch die c. 3. C. VI. 43. abgeschafft worden, v. Löhr im Arch. für Civ. Prax. V. 2. S. 208. über das Pfandrecht der Legatare. Eine Ausnahme enthält §. 137. Note ee.

e) fr. 5. §. 3. D. XXXVI. 4. *ut in poss. legat.* — fr. 12. pr. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.* Vergl. aber fr. 15. §. 17. 33. D. XXXIX. 2. *de damno inf.*

f) c. 11. C. VIII. 14. *de pignor.* — c. 1. C. VIII. 22. *de praetor. pignor.*

g) fr. 10. D. XX. 4. *qui potior. in pign.* — fr. 58. D. XLII. 1. *de re jud.* — c. 3. C. VIII. 18. *qui potior in pign.*

h) c. 2. 3. C. VIII. 18. *eod.*

i) c. 2. C. VIII. 18. *eod.*

Digitized by Google

§. 245.

Von dem gesetzlichen Pfandrechte a).

Das gesetzliche Pfandrecht beruht zunächst auf einem Gesetze, allein es kann auf keine andern, als die ausdrücklich bestimmten Gattungen ausgedehnt werden, indem es nach dem älteren Rechte unbekannt war, und nur nach und nach durch besondere Gesetze beyläufig seit Nerva's und Trajans Zeiten eingeführt wurde. Da unter den nachfolgenden Kaisern die Zahl der gesetzlichen Pfänder ungemein vermehrt wurde, so ward auch die Sicherheit, die man früher aus dem Pfandrechte hatte, nicht wenig erschüttert. Weil jedes gesetzliche Pfand entweder ein allgemeines oder ein besonderes ist (§. 239.), so werden wir nach dieser Eintheilung davon handeln.

§. 246.

Allgemeines gesetzliches Pfandrecht.

Ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht haben folgende Personen: I. der Fiscus 1) auf das Vermögen der Unterthanen wegen der nicht zur gehörigen Zeit entrichteten Steuern, von dem Augenblicke, als sie auferlegt wurden a), 2) auf das Vermögen derjenigen, die mit dem Fiscus contrahirten b), von dem Augenblicke des eingegangenen Vertrages, was von Vielen auch auf die Güter derjenigen bezogen wird, welche Fiscal-Sachen

a) F. A. Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. Leipzig 1803—1804.

a) c. 1. C. VIII. 15. *in quibus causis pign. tacite contr.* — c. 1. in fin. C. IV. 46. *si propter publ. pensit.* — Über die Frage, von welcher Zeit an jede Hypothek, und insbesondere die gesetzliche, Gültigkeit habe; vergleiche man Hepp im Arch. für Civ. Prax. X. 2. S. 245., und die Recensionen über desselben Inaugural-Dissertation, welche den nähmlichen Gegenstand behandelt, in Schuncks Jahrb. II. 3. S. 246. und in der Tüb. krit. Zeitschr. II. 1. S. 75, welche in verschiedenen Puncten von der Meinung des Verfassers abweichen.

b) fr. 47. pr. D. XLIX. 14. *de jure fisci.* — c. 3. C. VII. 73. *de priv. fisci.* — c. 2. C. VIII. 15. *in quibus causis.*

Digitized by Google

verwalten, von der Zeit der übernommenen Verwaltung wegen der schuldigen Rückstände c). Dieses Privilegium haben auch der Landesfürst und seine Gattinn in ihren Privat-Angelegenheiten d). Wenn der Fiscus an die Stelle eines Privat-Gläubigers tritt, so so hat er nicht einmahl von der Zeit der Nachfolge ein Pfandrecht e). Auch auf andere Angelegenheiten des Fiscus, die nicht unter die angeführten Fälle gehören, kann das gesetzliche Pfandrecht nicht ausgedehnt werden f). II. Die rechtgläubige g) Ehegattinn, und alle jene, welche die Befugniß haben, die *dos* zurückzufordern h), auf das Vermögen des Mannes 1) wegen des Heirathsgutes und der Vermehrung desselben i), 2) die recht-

---

c) Vorzüglich wegen arg. c. 3. C. XII. 63. *de primipilo.* Anderer Meinung ist Glück XIX. S. 71. Ein über jeden Zweifel erhabenes Gesetz kann sicher dafür nicht angeführt werden, wenn man nicht nach dem Vorgange Schröters in der unter f citirten Abhandlung das fr. 46. §. 3. D. XLIX. 14. *de jure fisci.* anwenden will.

d) fr. 6. §. 1. D. XLIX. 14. *eod.*

e) fr. 3. §. 7. D. XLIX. 14. *eod.* Nicht entgegen ist fr. 6. pr. D. *eod.*, denn dieses handelt nicht von dem stillschweigenden Pfandrechte, sondern von dem persönlichen Privilegium der Voraussorderung (privilegium exigendi, §. 270. Note t.), Glück XIX. S. 69. — Meißner im angeführten Werke §. 109.

f) fr. 17. fr. 37. D. XLIX. 14. *de jure fisci.* — fr. 10. pr. D. II. 14. *de pactis.* — Das fr. 46. §. 3. D. XLIX. 14. „Fiscus semper habet jus pignoris“ ist auf die angeführten Fälle zu beschränken. Anders nimmt diese Stelle Schröter in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. Gießen 1828. I. 2. S. 336.

g) Nov. 109. pr. c. 1. Nicht die Braut, denn von der kommt keine Erwähnung in den Gesetzen vor, Glück XIX. S. 102., auch nicht die Schein-Gattinn; nicht entgegen ist das fr. 22. §. 13. D. XXIV. 3. *solut. matr.*, denn dasselbe ist von dem privilegium exigendi (§. 270. x.) zu verstehen. Glück XIX. S. 107.

h) §. 29. J. IV. 6. *de action.* — c. un. §. 1. C. V. 13. *de rei uxor. act.* Anderer Meinung ist Glück XIX. S. 120. Dieß scheint aber aus §. 29. J. IV. 6. hervorzugehen, daß die Hypothek kein Privilegium habe, wenn ein Fremder das Heirathsgut bestellte, und dasselbe zurückfordert, daß aber die Frau, wenn sie das Heirathsgut zurückfordert, eines Privilegiums theilhaftig sey (§. 262. II.).

i) c. un. §. 1. C. V. 13. *de rei uxor. action.* — c. 30. pr. C. V. 12. *de jure dot.*

Digitized by Google

gläubige Gattinn wegen der *donatio propter nuptias* k), und wegen jener Paraphernal-Güter, die in Forderungen bestehen, und der Verwaltung des Mannes überlassen sind l), und zwar hinsichtlich des Heirathsgutes und dessen Vermehrung der Regel nach von der Zeit, als sie versprochen wurden m), oder wenn Jemand nach dem Gesetze zur Bestellung des Heirathsgutes verpflichtet ist, von der Zeit, als es gegeben wurde n); hinsichtlich der *donatio propter nuptias* ebenfalls von dem Augenblicke des Versprechens, und in Beziehung auf die Paraphernal-Forderungen von der Zeit, als der Gatte sie von den Schuldnern einkassierte o). III. Der Mann wegen des versprochenen Heirathsgutes an dem Vermögen desjenigen, der es versprach p), von dem Zeitpuncte des gemachten Versprechens q). IV. Die Kinder α) auf das Vermögen des Älterntheiles, welcher zur zweyten Ehe schritt, von dem Augenblicke der Auflösung der ersten Ehe wegen derjenigen Güter, welche er der Freygebigkeit des verstorbenen Gatten verdankt, und deren Eigenthum er zu Gunsten der Kinder erster Ehe verliert, indem er nur den lebenslänglichen Nießbrauch behält (§. 137. N. 1. und c. 6. §. 2. c. 8. §. 4. C. *de sec. nupt.*), ferner in dem Vermögen des überlebenden oder getrennten Älterntheiles hinsichtlich jener Hochzeits-

k) c. 29. C. V. 12. *de jure dot.* — c. 12. §. 2. C. VIII. 18. *qui potior.* — Nov. 109. c. 1.

l) c. 11. C. V. 14. *de pactis conventis.*

m) c. 19. C. V. 3. *de donat. ante nupt.* in den Worten: „Jura enim hypothecarum, quae in augenda dote vel donatione fuerint, ex eo tempore initium accipiant, ex quo eaedem hypothecae contractae sunt.“

n) v. Wening §. 137. unter r.

o) c. 11. C. V. 14. *de pactis conventis.*

p) c. un. §. 1. C. V. 13. *de rei uxor. act.* Auch auf dem Vermögen desjenigen, der nach dem Gesetze die dos zu leisten hat, haftet wahrscheinlich diese Hypothek. Löhr im Archiv für Civ. Prax. V. 2. S. 298.

q) Anders scheint die Bestimmung auszufallen, wenn die Gattinn selbst das Heirathsgut versprochen hat; weil die Erfüllung der Bedingung, nähmlich der Hochzeit, in ihre — der versprechenden Person — Willkühr gestellt ist (§. 242. N. 2.).

Digitized by Google

gewinnste (§. 562.), deren Eigenthum nach dem neuesten Rechte sogleich bey der Auflösung der Ehe auf die in derselben erzeugten Kinder übergeht qq); β) auf das Vermögen des Vaters vermöge der von der Mutter, oder von der mütterlichen Seite den Kindern zugefallenen Güter und der Hochzeitsgewinnste der Kinder, wovon der Vater die Verwaltung und den Nießbrauch hat r); γ) auf das Vermögen des Stiefvaters, wenn die Mutter, welche die Vormundschaft über ihre Kinder führte, vor abgelegter Rechnung zur zweyten Ehe schritt, und zwar von dem Augenblicke der eingegangenen Ehe s). V. Die Unmündigen, die Minderjährigen t) und die Rasenden u) auf das Vermögen der Vormün-

---

qq) §. 137. b. — Nov. 98. pr. c. 1. 2. — Marezoll in der Zeitschr. für Civ. u. Pr. III. 1. S. 84—91.

r) v. Löhr im Arch. für Civ. Prax. IX. 1. S. 71—76. und X. 3. S. 386—392. läugnet diese Art des gesetzlichen Pfandes, aber zur Annahme der gewöhnlichen Meinung bewegen uns nicht nur die c. 8. §. 5. C. V. 9. *de secund. nupt.* und c. 6. §. 4. C. VI. 61. *de bonis, quae lib.*, sondern auch die Vergleichung des pr. und §. 1. mit §. 2. c. 6. C. VI. 61. — Der §. 1. lautet so: „Sub hac tamen definitione hunc legis articulum inducimus, ut in *successione* quidem earundem rerum, *quae extrinsecus* filiis familias adquiruntur, jura eadem observentur, quae in *maternis* et *nuptialibus rebus* statuta sunt. §. 2. *Non* autem *hypothecam* filii familias adversus res patris viventis adhuc, seu jam mortui sperare audeant.“ — — Justinian gewährt also der Regel nach (pr.) und insbesondere in Beziehung auf die Nachfolge (§. 1.) die nähmlichen Rechte auf das Vermögen, welches nicht vom Vater herkommt, welche schon hinsichtlich der mütterlichen Güter und der Hochzeitgewinnste Statt haben, mit bloßer Ausnahme der Hypothek. Was folgt hieraus? Daß es wegen der mütterlichen Güter und der Hochzeitgewinnste eine Hypothek an dem Vermögen des Vaters gebe. Vergl. Schuncks Jahrb. V. 3. S. 280. und Tüb. krit. Zeitschr. II. 1. S. 110. — Auch Fritz in s. Erört. zu Wening II. S. 433 bestreitet zum Theile mit neuen Gründen die v. Löhr'sche Ansicht.

s) c. 2. C. V. 35. *quando mulier tutel. offic.* — c. 6. C. VIII. 15. *in quibus caus. pign.* — Nov. 22. c. 40.

t) c. 20. C. V. 37. *de administr. tut. vel. cur.* — Nov. 118. c. 5.

u) c. 7. §. 5. 6. C. V. 70. *de curat. furios.* — Auf Verschwender, und andere unter Curatel stehende Personen, ist dieses Privilegium nicht auszudehnen (§. 245.). Wegen der Gleichheit des Grundes vertheidigt Glück XIX. S. 148. die entgegengesetzte Meinung.

Digitized by Google

der und Curatoren v) von dem Zeitpuncte, an dem es ihnen oblag, die Vormundschaft oder die Curatel zu übernehmen x). VI. Die Kirchen an dem Vermögen des Erbpächters, wenn aus dessen Schuld das Erbpachtgut verschlechtert wurde, von dem Augenblicke der Verschlechterung y). VII. Derjenige, welcher die einer verwitweten Person durch einen letzten Willen hinterlassenen Güter erhält, wenn diese die ihr auferlegte Bedingung der Ehelosigkeit übertritt, an dem Vermögen des Witwers oder der Witwe, von dem Augenblicke, als ihnen das durch einen letzten Willen Hinterlassene geleistet wurde, und es ist gleichgültig, ob der früher verstorbene Gatte, oder jemand Anderer diese Bedingung auflegte z).

§. 247.

Besonderes gesetzliches Pfandrecht.

Ein besonderes gesetzliches Pfandrecht hat I. der Verpächter eines Landgutes a) an den von dem ersten oder von einem After-

v) Es haftet nicht nur das Vermögen derjenigen, die die Verwaltung führen, sondern auch das der Honorar-Tutoren oder Curatoren, Nov. 118. c. 5. in fin. — Ob auch die Protutoren mit ihrem ganzen Vermögen haften müssen, ist sehr zweifelhaft. Glück XIX. S. 158. vertheidigt die bejahende Meinung, indem er sich auf die allgemeine Verfügung der c. un. §. 1. C. V. 13. *de rei uxor. act.* beruft: „*in administratione* rerum pupillarium tacitas hypothecas inesse accipimus.“ Die nähmliche Meinung vertheidigt Gensler im Arch. für Civ. Prax. I. 3. S. 399. Ausdrücklich machen aber die Gesetze von den Protutoren keine Erwähnung.

x) arg. c. 6. §. 4. C. VI. 61. *de bonis, quae lib.*

y) Nov. 7. c. 3. §. 2.

z) Nov. 22. c. 44. — Marezoll im Magaz. IV. 2 und 3. S. 215. läugnet diese Hypothek; allein man sehe die krit. Zeitsch. II. 1. S. 115. — Vermehren im Arch. f. C. Pr. XIII. 1. S. 37. — Neuestens nahm sich dieses gesetzlichen Pfandrechtes wieder vorzüglich Kämmerer in der Zeitschr. für C. u. Pr. VI. 2. S. 258. an, wogegen ebendaselbst Marezoll S. 296. replicirt. Fritz erklärte sich in s. Erl. zu Wening II. S. 443. ebenfalls gegen Marezoll.

a) Ein Landgut (praedium rusticum) wird hier dasjenige genannt, das man in der Absicht, Früchte daraus zu ziehen, pachtet, und ein Stadtgut (praedium urbanum) bedeutet nicht nur ein Gebäude.

Digitized by Google

pächter percipirten Früchten b), von dem Momente der Perception c). 2) Der Verpächter eines Stadtgutes an den dem Miether eigenthümlichen Sachen d), welche er in der Absicht mitbrachte (*invecta et illata*), daß sie daselbst nicht auf einige Zeit, sondern der Regel nach beständig bleiben e), von dem Augenblicke der Eintragung f); dieses Pfandrecht hat auch an den Sachen des Aftermiethers nach dem Verhältnisse des Miethzinses, den er noch schuldig ist, Statt g). Aber die Verpächter haben nur in der Rücksicht ein Pfandrecht, als die Pächter oder Miether aus dem Pacht- oder Miethcontracte verpflichtet sind h), und das Besondere ist dabey zu bemerken, daß dasjenige von dem Eingebrachten, was der Miether ohne betrügerische Absicht veräußerte, verpfändet zu seyn aufhört i). II. Die Unmündigen an jenen Sachen, welche der Vormund oder ein Fremder im eigenen Nahmen mit dem Pupillar-Gelde erkaufte, von dem Zeitpuncte der Anschaffung k), denn ungeachtet die Unmündigen

---

sondern auch einen leeren Platz, der keine Früchte hervorbringt, wie eine Scheuer, einen Stall oder was immer für einen freyen Platz, fr. 3. 4. D. XX. 2. *in quibus causis pign.* Ist ein Landgut mit einem Stadtgute in Verbindung; so ist darauf zu sehen, welches die Hauptsache sey, Glück XVIII. S. 410—413.

b) fr. 7. pr. D. XX. 2. *in quibus causis pign.* — fr. 24. §. 1. fr. 53. D. XIX. 2. *locati cond.* — Was aber auf ein praedium rusticum eingebracht wurde, unterliegt dem Pfandrechte nicht, fr. 4. pr. D. XX. 2. *in quibus causis.* — c. 5. C. IV. 65. *de locato.*

c) fr. 63. §. 8. D. XLVII. 2. *de furtis.* — fr. 45. D. L. 17. *de reg. jur.*

d) Glück Comm. XVIII. S. 415.

e) fr. 32. in fin. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 7. §. 1. D. XX. 2. *in quibus causis pignus.* — c. 5. C. VIII. 15. *in quibus causis pign.* Die Urkunden, wodurch Forderungen begründet oder bewiesen werden, sind aber nicht als verpfändet zu betrachten. Meißner im angef. Werke §. 63.

f) fr. 11. §. 2. D. XX. 4. *qui potior. in pign.*

g) fr. 11. §. 5. D. XIII. 7. *de pign. act.* — Glück XVIII. S. 428.

h) fr. 2. fr. 5. pr. D. XX. 2. *in quibus causis.*

i) Das Eingebrachte wird nähmlich als eine Gesammtsache betrachtet, arg. fr. 9. D. XX. 2. *in quibus caus.* — Glück XVIII. S. 422.

k) fr. 7. pr. D. XX. 4. *qui potior. in pign.* — fr. 3. pr. D. XXVII.

Digitized by Google

ebenso, wie die Minderjährigen, Sachen, welche von den Vormündern oder Curatoren mit ihrem Gelde erkauft wurden, vindiciren können (§. 220. am Ende); so haben die Unmündigen nichts destoweniger auch daran ein Pfandrecht, wenn sie nicht die Sache selbst, sondern ihr Geld haben wollen l). III. Diejenigen, welche zur Wiederherstellung ganz baufälliger Gebäude m) Geld darliehen n), an dem Gebäude und dem Grunde, worauf es steht o), von der Zeit des dargeliehenen Geldes. Es muß aber dasselbe zum Zwecke der Wiederherstellung des Gebäudes gegeben worden seyn, denn wurde es nur zufällig dazu verwendet; so hat kein Pfandrecht Statt p). Keineswegs wird aber erfordert, daß das Gebäude gerade mittelst des nähmlichen Geldes, das Jemand empfing, wieder hergestellt wurde q). IV. Die Legatare r), die Particular- und Universal-Fideicom-

---

9. *de rebus eor., qui sub tutel.* — c. 6. C. VII. 8. *de servo pign. dato.* Diese Stellen handeln nur von den Unmündigen, nicht von den Minderjährigen oder anderen unter der Curatel stehenden Personen. Buchholtz in seinen Versuchen S. 284. läugnet das Pfandrecht des Mündels, wenn ein Nicht-Vormund mit des Mündels Gelde etwas anschaffte; allein die beyden ersten Stellen sprechen allgemein: „si ex nummis pupilli res fuerit comparata.“

l) Gegen Fremde haben also die Pupillen nur ein Pfandrecht, gegen die Vormünder aber haben sie eben so, wie die Minderjährigen gegen die Curatoren, eine utilis vindicatio, wenn sie es vorziehen, die Sache selbst zu erhalten.

m) Aber das Pfandrecht gebührt denjenigen nicht, welche Geld zur Erbauung eines neuen Gebäudes, oder zu einer kleineren Reparatur darliehen, fr. 1. D. XX. 2. *in quibus causis pign.* verglichen mit fr. 10. §. 1. D. VII. 4. *quibus modis ususfr.*

n) Diejenigen, welche bloß Baumaterial, wie Ziegel u. dgl. dargeliehen haben, erfreuen sich dieses Pfandrechtes nicht, fr. 1. D. XX. 2. *in quibus causis pign.* — fr. 25. D. XII. 1. *de rebus creditis.*

o) fr. 91. §. 6. D. XXXII. *de legat.* III. — fr. 21. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 29. §. 2. D. XX. 1. *de pign.*

p) fr. 1. D. XX. 2. *in quibus caus.* „qui pecuniam *ob restitutionem* aedificii extruendi mutuam dedit.“

q) Nov. 97. c. 3. ist nicht entgegen, denn es handelt nicht von dieser Hypothek, sondern von dem privilegium exigendi (§. 270. p.)

r) §. 2. J. II. 20. *de legat.* — c. 1. C. VI. 43. *communia de legat. et fideicomm.*

Digitized by Google

missare s), an jenem Vermögen, das der Onerirte von dem Erblasser erhielt t), und zwar der Regel nach von dem Augenblicke des Todes des Erblassers u). V. hat die Frau nicht nur ein allgemeines Pfandrecht (vorig. §. II.) wegen ihrer Dotal-Sachen, sondern auch ein specielles an denselben, welches letztere überhaupt Jedem zusteht, der nach den Gesetzen das Heirathsgut zurückfordern kann uu). VI. (Vergl. noch §. 248. d. f.) Wenn einige Rechtslehrer noch andere Arten des gesetzlichen Pfandrechtes anführen, so verdanken diese ihren Ursprung entweder der analogischen Auslegung, die aber hier unrecht angewendet wird, oder

---

s) Glück XIX. S. 168. behauptet wegen der Nov. 108. cap. 2., daß diese Hypothek sich nicht auf alle Universal-Fideicommissare, sondern nur auf diejenigen beziehe, welchen das, was nach dem Tode des Erben übrig bleiben wird, zurückzustellen ist (§. 413.); allein die allgemeinen Worte der c. 1. C. VI. 43. sind dieser Meinung nicht günstig, v. Loehr im Arch. f. Civ. Pr. V. 2. S. 209.

t) c. 1. in fin. C. VI. 43. *communia de legat. et fideicomm.* Daraus folgt zugleich, daß die Erbtheile mehrerer Miterben, welche mit einem Legate beschwert sind, nicht für das ganze Legat, sondern nur für jenen Theil, den jeder Erbe zu leisten hat, verpfändet sind, von Loehr in der angef. Abh. S. 213. und folg. Wenn jedoch Ein *heres necessarius* oder Ein *suus* und *necessarius* (§. 359.) mit Legaten oder Fideicommissen belastet ist; so haben die Honorirten in jenem Falle immer, in diesem aber wenigstens dann ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Verstorbenen, wenn der Onerirte vor der Erbschaftserwerbung kein *peculium militare* oder *adventitium* hatte. Vergl. die Recension meines lat. R. R. in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrs. 1831. VIII. S. 309.

u) Denn die Antretung der Erbschaft wird auf den Todestag des Erblassers zurückbezogen; daher werden die Legatare und Fideicommissare den Chirographar-Gläubigern des Verstorbenen vorgezogen, wenn die Erbschaft zur Zeit des Todes zur Bezahlung der Schulden hinreichte, aber später verringert wurde, Löhr am Ende der angef. Abh. Wenn aber der Anfallstag des Legates erst nach dem Tode des Erblassers eintritt (§. 435.); so fängt auch das Pfandrecht erst von dem Augenblicke der angetretenen Erbschaft an, weil Verpflichtungen, die nach dem Tode des Erblassers entstehen, auf dessen Todestag nicht zurückbezogen werden können.

uu) c. 30. C. V. 12. *de jure dot.* Vergl. §. 248. g. N. 3. — Buchholtz in s. Vers. S. 209. — Fritz in den Erläut. zu Wening II. S. 450.

Digitized by Google

sie werden fälschlich von demjenigen, was über die privilegirten Pfandrechte festgesetzt ist (§. 262), abgeleitet w).

§. 248.

Von der Übertragung des Pfandrechtes auf Andere.

Das Pfandrecht wird auf einen Andern entweder aus einem Universal-Titel, wie bey der Erbfolge, oder aus einem Singular-Titel übertragen. So oft also 1) eine Forderung an Jemanden abgetreten wird, geht das Pfandrecht, als Nebensache, auf den Cessionar über, es mag diese Bestimmung in den Vertrag aufgenommen worden seyn, oder nicht a), was auch dann gilt, wenn eine Forderung, die mittelst des Pfandrechtes geschützt ist, vermacht wurde; das Nähmliche hat 2) Statt, wenn Jemand dem Schuldner Geld zur Berichtigung einer Schuld unter der Bedingung darleiht, daß nun ihm jene Sache verpfändet sey, welche der frühere Gläubiger zum Pfande hatte b) und 3) wenn ein Pfandgläubiger gegen den andern sich des *jus offerendi* bedient (§. 265.). Ferner gehen die Rechte des Pfandgläubigers zuweilen auf den Eigenthümer der verpfändeten Sache selbst über, wodurch er gegen andere Pfandgläubiger gesichert wird c), und dieß hat im Allgemeinen dann Statt, wenn aus den Umständen erhellet, daß derjenige, welcher das Eigenthum einer Sache erwirbt, wegen des sonst zu erleidenden Schadens dem Pfandrechte nicht entsagt habe, was in folgenden Fällen geschieht: α) Wenn Jemand eine Sache, die Mehreren verpfändet

---

w) v. Wening I. 2. §. 145.

a) fr. 2. pr. fr. 6. D. XVIII. 4. *de hered. vel. act. vend.* — fr. 177. pr. D. L. 17. *de reg. jur.* — c. 2. 14. C. VIII. 41. *de fidejuss.*

b) fr. 3. ab init. D. XX. 3. *quae res pign.* — fr. 12. §. 8. D. XX. 4. *qui potior.* — c. 1. C. VIII. 19. *de his, qui in prior. cred. locum succedunt.*

c) v. Wening im Arch. f. Civ. Prax. VI. 1. S. 134—150. — Francke Civ. Abhandl. Göttingen 1826, S. 107. verglichen mit Zimmern in Schuncks Jahrb. VI. 1. S. 38—41. und Meyer in der Tüb. krit. Ztschr. II. 1. S. 107—110.

Digitized by Google

ist, von dem Schuldner kauft, denn der Käufer tritt an die Stelle jener Pfandgläubiger, die mit seinem Gelde befriediget wurden d); β) wenn derjenige, welcher das Eigenthum, oder wenigstens den redlichen Besitz einer verpfändeten Sache erhielt, den klagenden Pfandgläubiger befriedigte; denn mit Recht kann dieser nun zur Cession des Pfandrechtes angehalten werden e); γ) wenn der Gläubiger selbst oder ein Bürge das Eigenthum der verpfändeten Sache erwarben f); δ) wenn endlich das Gesetz gewissen Personen das Eigenthum und zur größeren Sicherheit auch ein Pfandrecht an der nähmlichen Sache gestatten; so hat ohne Zweifel das Letztere volle Kraft g).

Dritter Titel.

Wirkungen des Pfandrechtes.

§. 249.

Rechte des Pfandschuldners.

Der Schuldner, welcher ein Pfandrecht einräumt, behält an der verpfändeten Sache das Eigenthum sammt dem Nießbrauche, er kann seine Sache vindiciren und veräußern a), nur

---

d) fr. 17. D. XX. 4. *qui potior. in pign.* — c. 3. C. VIII. 19. *de his, qui in prior. cred. locum.*

e) fr. 19. D. XX. 4. *qui potior.*

f) fr. 6. D. XX. 5. *de distract. pign.* — fr. 30. §. 1. D. XLIV. 2. *de except. rei jud.* — fr. 59. pr. D. XXXVI. 1. *ad SCtum Trebell.* Vergl. §. 252. g. — Im fr. 9. pr. D. XX. 6. wird ein Fall vorgetragen, wo vermuthet wird, daß der Gläubiger, welcher die ihm verpfändete Sache kaufte, dem Pfandrechte entsagte. Die Auslegung dieser Stelle sehe man in der krit. Zeitschr. II. 1. S. 109.

g) Dieß hat 1) Statt bey den Pupillen hinsichtlich jener Sachen, welche die Vormünder mit dem Pupillar-Gelde kauften (§. 247. II.); 2) bey den Kindern in Beziehung auf die Hochzeitsgewinnste, wenn der Vater oder die Mutter zur zweyten Ehe schritten, c. 6. §. 2. C. V. 9. *de secund. nupt.* (§. 246. IV. a.); 3) bey der rechtgläubigen Ehegattin in Beziehung auf das Heirathsgut. Vergl. §. 247. üu.

a) fr. 35. §. 1. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 21. §. 2. D. XX. 1. *de pign. et hyp.* — fr. 12. pr. D. XX. 5. *de distr. pign.* — c. 9.

Digitized by Google

mit der Ausnahme, daß die Veräußerung einer besonders verpfändeten beweglichen Sache ohne Wissen des Gläubigers für einen Diebstahl gehalten wird b), ohne daß jedoch deßhalb der Regel nach die Übertragung des Eigenthumes gehindert würde c) (§. 630.). Ferner kann der Schuldner die bereits verpfändete Sache auch an Andere verpfänden, wenn er nur erklärt, daß schon ein Pfandrecht darauf hafte, denn unterläßt er diese Erklärung; so muß er dem späteren Gläubiger das volle Interesse leisten d). Endlich hat er immer den Civilbesitz (§. 182. Note m. am Ende), bey dem Prätorischen Pfande auch den Besitz im eigentlichen Sinne (§. 244.), und bey der Hypothek sogar die Inhabung.

§. 250.

Rechte des Pfandgläubigers.

Der Pfandgläubiger kann nicht nur sein Pfandrecht gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache verfolgen (§. 255.), sondern dasselbe auch auf Andere übertragen a) (§. 238. f.), in soweit die Schuld, für welche er es bestellt, seine eigene Forderung nicht übersteigt b), und dieses Afterpfand dauert so lange, bis entweder der erste, oder der zweyte Pfandgläubiger seine Befriedigung erhielt c). Dann kann er den Ersatz der nothwendigen,

---

C. IV. 24. *de pign. act.* — c. 12. C. VIII. 28. *de distr. pign.* Die Eigenthumsklage hat auch gegen den auf unrechtmäßige Weise besitzenden Pfandgläubiger Statt. Die c. 9. C. VIII. 14. *de pign.* steht nicht entgegen, indem sie auf den rechtmäßig besitzenden Gläubiger zu beziehen ist. Glück XVIII. S. 180.

b) fr. 19. §. 6. fr. 68. (66.) pr. D. XLVII. 2. *de furtis.* — fr. 3. §. 1. D. XLVII. 20. *stellionatus.*

c) fr. 36. D. IX. 4. *de noxal. act.*

d) fr. 16. §. 1. fr. 36. §. 1. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 15. §. 2. D. XX. 1. *de pign.*

a) C. VIII. 24. *si pignus pignori datum sit.* Eine persönliche Klage erhält aber der zweyte Pfandgläubiger gegen den ursprünglichen Schuldner nicht, außer es wäre das Forderungsrecht verpfändet worden, c. 4. C. VIII. 17. *quae res pign.* §. 254. N. 4.

b) fr. 13. §. 2. ab initio. D. XX. 1. *de pign.*

c) fr. 40. §. 2. D. XIII. 7. *de pign. act.* — c. 2. C. VIII. 24. *si*

Digitized by Google

oder mäßigen nützlichen auf die verpfändete Sache gemachten Auslagen fordern d); sein vorzüglichstes Recht besteht aber in der Veräußerung des Pfandes, wenn der Schuldner nicht zur gehörigen Zeit bezahlte.

§. 251.

Von der Veräußerung des Pfandes. a).

Die Veräußerung des Pfandes besteht in dem gesetzmäßigen Verkaufe der verpfändeten Sache, und die Befugniß dazu ist nothwendig mit dem Pfandrechte verbunden b), wenn der Schuldner die Zahlung zur gehörigen Zeit entweder gar nicht leistet c), oder mit einem, wenn auch nur sehr geringen, Theile der Schuld im Rückstande ist d). Hat die Zahlung in bestimmten Terminen zu geschehen, so kann gewöhnlich das Pfand nicht früher verkauft werden, als bis alle Termine verflossen sind e). Der Verkauf selbst ist auf folgende Weise zu bewerkstelligen: Will der Gläubiger das Pfand verkaufen, so muß er dieß dem

---

pign. pignor. Doch ist zu bemerken, daß in dem Falle, als die Schuld nicht in Geld, sondern in einer Sache im engern Sinne besteht, und diese dem Afterverpfänder geleistet wird, nun wohl das Afterpfand des zweyten Pfandgläubigers erlösche, dieser aber dafür das Pfandrecht an der seinem Schuldner übergebenen Sache erlange. Z. B. A ist dem B ein Grundstück zu übergeben schuldig, und zur Sicherung dieser Schuld wird dem B das Haus des A verpfändet; B verpfändet dieses Pfandrecht weiter an C. Nun übergibt A dem B das Grundstück, welches er schuldig war; natürlich erlöscht nun auch das Afterpfand des C an dem Hause, allein C erlangt ein Pfandrecht an dem Grundstücke, fr. 13. §. 2. S. XX. 1. und Hepp im Arch. f. C. P. XIII. 3. S. 355.

d) fr. 8. pr. §. 5. fr. 25. D. XIII. 7. *de pign. act.* — c. 6. C. VIII. 13. *de pign. et hypoth.*

a) D. XX. 5. — C. VIII. 28. *de distract. pign.* Vergl. Civ. Abh. von W. Müller I. Gießen 1833. N. III. Unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen kann ein Pfand gültig veräußert, und beziehungsweise vom Gläubiger das dominium impetrirt werden?

b) Von der Verpfändung einer Forderung handelt der §. 254. N. 4.

c) fr. 4. D. XX. 5. *h. t.* — c. 7. 8. C. *h. t.*

d) c. 6. C. *h. t.*

e) Es ist nähmlich auf die Worte und den Geist des Vertrages Rücksicht zu nehmen, fr. 8. §. 3. D. XIII. 7. *de pign. act.*

Digitized by Google

Schuldner anzeigen f), und nach der gemachten Anzeige noch durch zwey Jahre zuwarten g), nach deren Verlauf er dem Schuldner anzeigen muß, daß und wann er veräußern wolle gg). Der Verkauf kann sowohl öffentlich nach gemachtem Anschlage, oder auch privat geschehen h); nur die richterlichen Pfänder müssen in öffentlicher Licitation verkauft werden, und diese Versteigerung kann schon zwey Monathe nach Ergreifung des Pfandes durch die Gerichtsdiener Statt haben i), wovon aber die Gläubiger, die schon früher ein Pfandrecht auf die nun öffentlich zu versteigernde Sache erhielten, verständigt werden müssen ii). Übrigens ist bey dem Verkaufe redlich und mäßig zu verfahren, daher darf die Sache nicht zu einem geringen Preise verkauft werden k), auch ist nicht mehr zu verkaufen, als nothwendig ist, um die Befriedigung zu erlangen l). Sind mehrere Sachen verpfändet, so kann wohl der Gläubiger die zu veräußernde Sache auswählen m); wenn aber für eine Schuld nebst einer

f) c. 4. C. VIII. 28. *h. t.* Außer es müßte der Gläubiger ein Urtheil gegen den Schuldner erwirken, wo die Kundmachung des Urtheils die Stelle der Denunciation vertritt, c. 3. §. 1. C. VIII. 34. *de jure dom. impetr.*

g) c. 3. §. 1. C. VIII. 34. *de jure dom. impetr.*

gg) c. 4. §. VIII. 28. *h. t.*

h) c. 4. C. VIII. 28. *h. t.* — c. 3. C. VII. 53. *de execut. rei jud.* vergl. mit c. 3. pr. §. 1. C. VIII. 34. *de jure dominii impetr.*

i) fr. 31. D. XLII. 1. *de re judicata.* — c. 2. C. VIII. 23. *si in caus. jud. pign. capt.* Wenn der Fiscus als Gläubiger die Sachen seines Schuldners, die ihm aus was immer einem Grunde verpfändet wurden, veräußern will; so muß dieß auch in öffentlicher Versteigerung geschehen, doch ist die Sache früher zu schätzen, und der Käufer erhält nur dann das immerwährende Eigenthum derselben, wenn er wenigstens den Schätzungspreis bezahlte, c. 16. C. IV. 44. — Daß in der Regel im Urtheile dem Beklagten eine Frist von 4 Monathen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gelassen werden müsse, ehe die Auspfändung vorgenommen werden darf (c. 2. 3. §. 1. C. VII. 54.), und welche Ausnahmen es von dieser Regel gebe, sehe man in Müllers Abh. I. S. 127.

ii) c. 6. 8. C. VIII. 26. *de rem. pign.*

k) c. 3. C. VIII. 30. *si vendito pignore.*

l) c. 1. C. VIII. 34. *de jure dominii impetr.*

m) fr. 8. D. XX. 5. *h. t.* (*de distr. pign.*)

Digitized by Google

allgemeinen Hypothek noch eine besondere bestellt ist, so ist der Gläubiger verpflichtet, zuerst diese zu veräußern n).

§. 252.

Wirkungen der Veräußerung.

A. Der gesetzlich vollbrachte Verkauf hat die Wirkung 1) daß sich der Gläubiger aus dem geleisteten Kaufpreise die Befriedigung verschaffe a), und nur den Überschuß dem Schuldner zurückstelle b), oder einem allenfalls vorhandenen späteren Pfandgläubiger gebe c); 2) daß der Käufer die nähmlichen Rechte auf die Pfandsache erhalte, welche der Schuldner selbst hatte, gerade wie wenn dieser die Veräußerung vorgenommen hätte d); daher ist es dem Schuldner nicht erlaubt, die Sache vom Käufer durch Anboth des Kaufpreises zurückzufordern e), wenn ihm nicht diese Befugniß bey dem Verkaufe vorbehalten f), oder die Sache auf einen nachfolgenden Pfandgläubiger oder Bürgen übertragen wurde g); 3) daß der Gläubiger keine Gewähr leiste h), denn diese Verpflichtung trifft den Schuldner i); außer es hätte

n) c. 9. C. VIII. 28. *h. t.* Eine gute Erklärung dieser Stelle hat Hepp im Arch. f. C. Pr. IX. 3. S. 369. — c. 2. C. VIII. 14. *de pign.*

a) fr. 26. D. XLVI. 3. *de solut.*

b) fr. 21. §. 3. in fin. D. XX. 1. *de pign.* — c. 20. C. VIII. 28. *h. t.* Aber der Schuldner kann früher den Überschuß nicht fordern, als bis der Käufer den Kaufpreis bezahlte, fr. 24. §. 2. D. XIII. 7. *de pign. act.* Das fr. 42. D. XIII. 7. ist von dem Falle zu verstehen, wenn der Gläubiger im Verschulden ist, wie der griechische Scholiast der Basiliken bemerkt, Glück XIV. S. 129—132. Ist aber der gelöste Kaufpreis nicht hinreichend, um die ganze Schuld zu tilgen, so behält der Gläubiger noch eine persönliche Klage gegen den Schuldner, fr. 9. pr. §. 1. D. XX. 5. *h. t.* — c. 3. C. VIII. 28. *h. t.*

c) fr. 20. D. XX. 4. *qui potior.*

d) c. 15. 18. C. VIII. 28. *h. t.*

e) c. 2. C. VIII. 20. *si antiquior creditor.*

f) fr. 13. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 7. pr. §. 1. D. XX. 5. *h. t.*

g) fr. 2. fr. 5. §. 1. fr. 6. D. XX. 5. *h. t.* — fr. 59. D. XLVI. 1. *de fidejuss.* — fr. 59. §. 1. D. XVII. 1. *mandati.*

h) C. VIII. 46. *creditorem evictionem pignoris non debere.* — fr. 11. §. 16. D. XIX. 1. *de act. emti venditi.*

i) fr. 10. D. XX. 5. *h. t.*

Digitized by Google

der Gläubiger die Gewährleistung ausdrücklich versprochen, oder betrügerischer Weise eine fremde Sache, von der er wußte, daß sie fremd sey, veräußert k), oder es hätte der Schuldner selbst das Pfand vindicirt, indem es unrechtmäßig vom Gläubiger verkauft wurde l), oder es wäre endlich die Sache von einem vorzüglicheren Pfandgläubiger evincirt worden m).

B. Ist die Veräußerung unrechtmäßig geschehen, und hat 1) der Gläubiger das Pfand ganz ohne rechtlichen Grund, oder gegen die Vertragsbedingnisse (§. 630.) veräußert, so kann der Schuldner dasselbe von jedem Besitzer vindiciren, und insbesondere von dem Gläubiger das Interesse fordern n); wenn aber 2) der Gläubiger mit vollem Rechte die Veräußerung vornahm, jedoch die vorgeschriebene Form vernachläßigte (Note i des vorigen Paragr.), oder unredlich, oder über das Maaß verkaufte, so bleibt wohl der Verkauf gültig, aber der Schuldner hat gegen den Gläubiger die persönliche Pfandklage auf das Interesse o), es möge dieser mit dem Käufer in einem betrügerischen Einverständnisse gewesen seyn oder nicht; ist aber der Pfandgläubiger zahlungsunfähig, so steht es in beyden erwähnten Fällen dem Pfandschuldner frey, gegen Erlag des Preises sammt Zinsen die Sache sammt den Früchten zurückzufordern p).

§. 253.

Wann der Pfandgläubiger das Eigenthum des Pfandes erwerben könne. a).

Sollte sich kein Käufer finden, oder Niemand einen billigen Preis anbiethen, so kann der Gläubiger selbst das Pfand

k) c. 2. C. VIII. 46. *creditorem evict.*
l) Sieh die Note n.
m) c. 1. C. VIII. 46. *cit.*
n) c. 5. 8. C. VIII. 28. *de distr. pign.* — c. 2. C. VIII. 30. *si vendito pign. agatur.*
o) c. 7. C. VIII. 28. *de distr. pign.* Vergl. auch die Note i. des vorhergehenden Paragr.
p) c. 1. 4. C. VIII. 30. *si vendito pign. agat.*
a) C. VIII. 34. *de jure dominii impetr.*

Digitized by Google

erwerben, doch mit folgendem Unterſchiede: Ein gerichtliches Pfand wird dem Gläubiger für die Schuld auf eine unwiderrufliche Weiſe, und zwar ſo zugeſprochen, daß weder der Gläubiger den Überſchuß herausgibt, noch der Schuldner das Fehlende erſetzt b). Wird für ein Pfand anderer Art kein Käufer gefunden, ſo muß dem Schuldner eine neue Anzeige gemacht, und ihm zugleich ein Zahlungstag beſtimmt werden; vernachläßigt er dieſen neuerdings, ſo kann der Gläubiger durch ein kaiſerliches Reſcript das Eigenthum des Pfandes erwerben, doch nur in der Art, daß er das, um was es mehr werth iſt, als ſeine Forderung beträgt, dem Schuldner, oder den andern Gläubigern hinausgebe, dasjenige aber, um was es weniger werth iſt, mittelſt einer perſönlichen Klage von dem Schuldner verlangen könne; wobey jedoch dieſem die Freyheit bleibt, binnen zwey Jahren die Sache auszulöſen, es hätte denn der Gläubiger unterdeſſen die Sache weiter verkauft c). Übrigens kann ein General-Pfandgläubiger nicht fordern, daß ihm das geſammte Vermögen des Schuldners als Eigenthum zugeſchlagen werde, ſondern der Zuſchlag kann nur bey einzelnen Stücken, nachdem alle zur Veräußerung nothwendigen Feyerlichkeiten beobachtet wurden, Statt haben d).

Was wir von der Veräußerung des Pfandes ſagten, kann auf mancherley Weiſe durch Nebenverträge modificirt werden (§. 630.).

---

b) fr. 15. §. 3. D. XLII. 1. *de reb. auct. jud. poss.* — Das Nähmliche enthält die c. 3. C. VIII. 23. *si in causa judicati.*, und aus der Vergleichung beyder Stellen wird es wahrſcheinlich, daß dieſer Rechtsſatz durch ein kaiſerliches Reſcript eingeführt wurde, daß aber in einzelnen Fällen ein ſolches Reſcript nicht nothwendig ſey. Warnkönig I. N. 382. — c. 2. C. VIII. 23. *eod.* — Zum Theile hat W. Müller in der angef. Abh. S. 131—138. andere Anſichten über das gerichtliche Pfand.

c) fr. 24. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 63. §. 4. D. XLI. 1. *de adquir. rer. domin.* — c. 3. 4. 5. C. VIII. 34. *de jure domin. impetr.*, aus welchen Stellen, beſonders aus c. 3. C. *cit.* auch erhellet, welche beſonderen Vorſichten angewendet werden müſſen, wenn der Schuldner abweſend iſt.

d) c. 1. C. VIII. 34. *eod.* Müller in der angef. Abh. S. 116.

Digitized by Google

§. 254.

Über die Wirkung des Pfandrechtes an einer unkörperlichen Sache.

Der Gläubiger, dem 1) das Erbpacht- oder das Bodenrecht zum Pfande gegeben wurde, genießt ganz derselben Rechte, wie derjenige, der eine körperliche Sache verpfändet erhielt a). Jener, dem 2) der Nießbrauch oder das Wohnungsrecht zum Pfande bestellt wurde, hat ganz gleiche Rechte mit Solchen, auf die die Ausübung dieser Rechte mittelst Kaufes überging b). Gab der Eigenthümer eines Landgutes eine Servitut zum Pfande, so übt der Gläubiger auf die nähmliche Weise, wie Andere, denen Servituten zustehen, sein Recht aus, und er kann, wenn er zur gehörigen Zeit seine Befriedigung nicht erhält, dasselbe veräußern (§. 238. am Ende). 3) Ist ein Afterpfand bestellt worden, so kann der zweyte Pfandgläubiger die verpfändete Sache verfolgen, sie veräußern, aber von dem gelösten Preise sich nicht mehr zueignen, als die Forderung des ersten Pfandgläubigers betrug c) (§. 250. am Anfange). 4) Wurde eine Forderung verpfändet (§. 238. d), so kann der Gläubiger dieselbe entweder verkaufen d), oder gegen den Schuldner des Verpfänders *utiliter* die nähmliche Klage anstrengen, die diesem gebührt hätte e). Daß dieser Klage dieselben Einreden entgegengesetzt werden können, welche dem ursprünglichen Gläubiger entgegenstehen, und daß das Pfandrecht in dem Falle, als die Schuld auf was immer für eine Weise getilgt wird, nicht minder erlösche, als wenn die verpfändete Sache zu Grunde geht, versteht sich von selbst f). Besteht der Gegenstand der Forderung in barem Gelde, so kann

a) fr. 16. §. 2. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 13. §. 3. D. XX. 1. *de pignor.*
b) fr. 11. §. 2. D. XX. 1. *de pign.* Vergl. §. 238. Note g. und h.
c) fr. 13. §. 2. D. XX. 1. *de pign.* — c. 1. 2. C. VIII. 24. *si pignus pignori datum sit.*
d) c. 7. C. IV. 39. *de hered. vel act. vend.*
e) fr. 20. D. XX. 1. *de pign.* — c. 7. C. IV. 39. *de hereditate vel act. vendita.* — c. 4. C. VIII. 17. *quae res pign.*
f) c. 4. C. VIII. 17. *eod.*

Digitized by Google

ſich der Afterpfandgläubiger, wenn er es von dem Schuldner erhält, daraus zahlhaft machen g); wenn aber eine andere körperliche Sache den Gegenſtand der Forderung ausmacht, und der Schuldner dieſelbe leiſtet, ſo erlangt nun der Afterpfandgläubiger das Pfandrecht an dieſer Sache ſammt der Befugniß, dieſelbe zu veräußern (§. 238. d.).

§. 255.

Von der Hypothekar-Klage.

Zur Verfolgung ſeines Rechtes hat der Gläubiger die Hypothekar-Klage *(actio hypothecaria)* a), mittelſt welcher er die verpfändete Sache von jedem Beſitzer zurückfordert b). Dieſe Klage ſteht alſo dem Pfandgläubiger zu, der nicht im Beſitze der verpfändeten Sache iſt, und zwar ohne Unterſchied, ob er dieſelbe nie beſeſſen, oder den Beſitz verloren habe c). Sie gebührt nicht nur dem erſten Pfandgläubiger, ſondern auch dem nachfolgenden mit der Ausnahme, daß dieſer gegen keinen ſtärkeren Gläubiger ſich derſelben bedienen kann d). Sie geht gegen den Beſitzer der verpfändeten Sache, es mag nun dieſer der Schuldner ſelbſt, oder ein Fremder, oder ein ſchwächerer Pfandgläubiger

---

g) c. 4. C. VIII. 17. *eod.*

a) Der Prätor Servius gab zuerſt dem Verpächter eines Landgutes eine Klage, die von ihrem Urheber die Servianiſche genannt wurde, zu dem Zwecke, damit er den Beſitz der von dem Pächter verpfändeten Sachen erlange. Später wurde dann dieſe Klage unter dem Nahmen quasi Serviana oder hypothecaria auf alle übrigen Pfandgläubiger ausgedehnt, §. 7. J. IV. 6. *de act.*

b) Dadurch unterſcheidet ſie ſich von der actio pignoratitia, die aus dem Contracte entſpringt, und bloß perſönlich iſt, obwohl die Nahmen öfters unter einander verwechſelt werden, fr. 7. §. 12. D. X. 3. *commun. div.* — fr. 41. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 22. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 9. pr. D. XX. 6. *quibus modis pign. vel hypoth. solv.* Sie wurde nach der Analogie der Eigenthumsklage eingeführt, fr. 12. §. 1. D. XX. 6. *eod.*, weßhalb ſie auch utilis vindicatio genannt wird, fr. 16. D. VIII. 1. *de servit.*

c) fr. 28. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.*

d) fr. 12. pr. *in fin.* et §. 7. D. XX. 4. *qui potior. in pign.*

Digitized by Google

seyn e). Der Zweck derselben ist die Erlangung des Besitzes der verpfändeten Sache sammt Zuwachs f) (§. 239.); daher kann der Gläubiger sich dieser Klage nicht nur dann bedienen, wenn der Zahlungstag kam, sondern auch früher, in so fern ihm daran liegt g), was vorzüglich dann Statt hat, wenn er den Besitz des Pfandes gegen seinen Willen verlor h). Daß die Schuld bezahlt werde, kann mittelst dieser Klage nicht gefordert werden, außer der Belangte wäre der Schuldner selbst; ein Fremder kann aber durch Bezahlung der Schuld sich von der Klage befreyen i). Was die Beweisführung anbelangt, so ist zu unterscheiden, ob ein Schuldner, oder ein Fremder belangt werde. Wird der Schuldner selbst belangt, so reicht es hin, die Thatsache der Verpfändung zu beweisen k), auch wird nicht mehr erfordert, wenn gegen einen Dritten geklagt wird, sobald er die schon verpfändete Sache von dem Schuldner erhielt l); sonst muß aber der gegen einen Dritten Klagende nicht nur die Thatsache der Verpfändung, sondern ferner beweisen, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung ein Eigenthum des Schuldners war m), und endlich wenn der Belangte auch ein Pfandgläubiger ist, daß er — der Kläger — vor diesem den Vorzug habe n). Auch der Besitz des Gegners muß der Regel nach bewiesen werden, wie aus der

e) fr. 12. pr. §. 7. D. XX. 4. *eod.* Ein erdichteter Besitzer wird wie bey der Eigenthumsklage zu dem Preise verurtheilt, den der Kläger mittelst des Schätzungseides bestimmte, fr. 16. §. 3. D. XX. 1. *de pign.*

f) Wenn aber der redliche Besitzer die Sache verbesserte; so sind ihm die Kosten zu ersetzen, fr. 29. §. 2. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 44. §. 1. D. XXXIX. 2. *de damno infecto.*

g) fr. 14. pr. D. XX. 1. *de pign.*

h) fr. 28. pr. D. XIII. 7. *de pign. act.*

i) fr. 16. §. 3. D. XX. 1. *de pign.* in den Worten: „Sin vero possideat" etc. — fr. 16. §. 1. D. XX. 6. *quibus modis pign. solv.*

k) fr. 12. §. 1. D. XX. 6. *eod.* — fr. 21. §. 1. D. XX. 1. *de pign.* Wenn nicht der Belangte behauptet, die Sache habe zur Zeit der Verpfändung nicht ihm gehört. Vergl. §. 242. N. d.

l) Glück XVIII. S. 388.

m) fr. 23. D. XXII. 3. *de probat.* — fr. 15. §. 1. D. XX. 1. *de pign.*

n) fr. 12. pr. fr. 14. D. XX. 4. *qui potior.*

Digitized by Google

Natur der Klage, die auf die Erlangung des Besitzes gerichtet ist o), von selbst erhellet.

§. 256.

Einreden, welche der Hypothekar-Klage vorzüglich entgegenstehen können: 1) der Ordnung, 2) der Verjährung.

I. Ein fremder Besitzer der verpfändeten Sache, der mittelst einer persönlichen Klage nicht belangt werden kann, ist nach einer neueren Verordnung Justinians a) berechtigt, bey dem besonderen sowohl als bey dem allgemeinen Pfandrechte b) zu begehren, daß der Kläger zuerst den Schuldner und seine Bürgen belange, was man die Rechtswohlthat der Ordnung (*beneficium excussionis seu ordinis*) zu nennen pflegt. Doch hört diese Wohlthat auf, 1) wenn es bekannt ist, daß der Schuldner und der Bürge zahlungsunfähig seyen; 2) wenn sie abwesend sind, und binnen der vom Richter bestimmten Zeit nicht zurückkehren c); 3) wenn der Kläger schon im Besitze der Sache war, denselben aber verlor d); 4) wenn der Schuldner die Sache erst nach der angebrachten Hypothekar-Klage veräußerte, es mag nun

o) fr. 16. §. 3. D. XX. 1. *de pign.* Bey einer Hypothek ist es aber nicht nothwendig, den Besitz des Schuldners zu beweisen, denn dieser wird so lange vorausgesetzt, bis der Schuldner das Gegentheil beweiset. Günther §. 696.

a) Durch die Nov. 4. c. 2. wurde das ältere Recht abgeschafft, welchem gemäß, wenn nicht eine andere Übereinkunft getroffen war, es in der Willkühr des Gläubigers stand, entweder den Hauptschuldner, oder den Bürgen oder den Besitzer was immer für eines Pfandes zuerst zu belangen, c. 2. 5. C. VIII. 41. *de fidejuss. et mandat.* — fr. 20. D. XII. 6. *de condict. indeb.* Aber Justinian hat durch die angeführte Novelle eine neue Ordnung eingeführt, vermöge welcher zuerst der Hauptschuldner oder dessen Erbe, dann der Bürge, ferner der Besitzer der vom Schuldner verpfändeten Sachen, endlich der Besitzer der vom Bürgen verpfändeten Sachen zu belangen ist.

b) Nicht entgegen ist die Nov. 112. cap. 1., indem sie nur von dem Falle zu verstehen ist, welcher vor der Note c dieses §. auseinandergesetzt ist.

c) Nov. 4. c. 1. 2.

d) v. Wening I. 2. §. 166. vor i. und Andere.

Digitized by Google

derjenige, an den die Sache übertragen wurde, von ihrer Verpfändung Wissenschaft gehabt haben, oder nicht e); 5) wenn eine Forderung verpfändet war f). Aus dem, was wir (§. 251. am Ende) von der Nothwendigkeit, das besondere Pfand zuerst zu verkaufen, gesagt haben, kann man schließen, daß diese Einrede der Ordnung auch dem Schuldner oder einem schwächeren Pfandgläubiger gegen denjenigen zustehe, welchem nebst dem allgemeinen auch noch ein besonderes Pfandrecht eingeräumt wurde, um mittelst dieser Einrede den Kläger zum Verkaufe der besonders verpfändeten Sachen zu zwingen g).

---

e) Nov. 112. c. 1.

f) F. Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechtes. Greifswalde 1812, §. 8.

g) Ohne Zweifel gebührt dieses Recht dem schwächeren Pfandgläubiger, dem eine Sache aus der allgemeinen Hypothek eines Andern verpfändet wurde, gegen den Gläubiger, der nebst der allgemeinen Hypothek zugleich ein besonderes Pfandrecht an einzelnen Sachen hat; so daß der stärkere Pfandgläubiger zuerst nur diese letzteren besonders verpfändeten Sachen verkaufen darf, c. 2. C. VIII. 14. *de pign.* Und nach einer richtigen Interpretation der c. 9. C. VIII. 28. *de distr. pign.* wird jenes Recht auch auf den Schuldner bezogen. Ob dasselbe aber auch einem dritten Besitzer der verpfändeten Sache zu Statten komme, ist streitig. Jene, welche das erwähnte Recht als ein jus singulare betrachten, müssen consequent eine Ausdehnung desselben auf den dritten Besitzer läugnen, wie Hepp im Arch. für Civ. Pr. IX. 3. S. 370, Schröter in der Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 2. S. 327. Nimmt man aber an, daß die gleichzeitige Bestellung eines Special-Pfandes nebst dem General-Pfande die stillschweigende Willenserklärung des Schuldners enthält, daß der Gläubiger sich zuerst an die speciell verpfändeten Sachen halten solle; so muß man jenes Recht auch dem dritten Besitzer zuschreiben, welche Meinung schon Zimmern in der Zeitschr. für C. u. Pr. I. 1. S. 47. vertheidigte, und Thibaut im Arch. f. C. Pr. XVII. 1. S. 1—30. und insbesondere S. 24. mit solchen Gründen ausführte, daß wir ihm beystimmen zu müssen glauben. Insbesondere machte auch Thibaut in derf. Abh. S. 25. darauf aufmerksam, daß ein anderer Fall, wenn zuerst alle Güter, und dann hinterher noch einzelne Stücke des Vermögens verpfändet werden, nicht mit dem obigen Falle zu verwechseln sey, und daß in diesem zweyten Falle nach der Natur der Sache dem Gläubiger keine Beschränkung auferlegt, sondern vielmehr eine Beruhigung durch Nahmhaftmachung einzelner Stücke verschafft werde.

II. Auch die Einrede der Verjährung hat bey der Hypothekar-Klage etwas Besonderes. Gegen den Schuldner und dessen Erben dauert die Klage 40 Jahre, gegen einen Fremden, wenn er nicht das freye Eigenthum der verpfändeten Sache nach den Regeln der Ersitzung früher erwarb, durch 30 Jahre, gegen einen schwächeren Pfandgläubiger bey Lebzeiten des Schuldners auch durch 40 Jahre, nach dem Tode des Schuldners bald durch 40, bald durch 30 Jahre, je nachdem der Belangte sich die Zeit, während welcher, so lange der Schuldner lebte, dieser oder er selbst die Sache besaß, sich einrechnen lassen will, oder nicht h).

§. 257.

Das Salvianische Interdict.

Nebst den possessorischen Interdicten hat der Gläubiger auch ein Interdict zur Erlangung des Besitzes einer Sache, den er noch gar nicht hatte, nähmlich das Salvianische a), welches dem Verpächter eines Landgutes gegen den Pächter b) zur Erlangung des Besitzes jener Sachen, welche dieser für den Miethzins verpfändete und auf das Gut einbrachte c), zugestanden wurde. Das *utiliter* auf andere Gläubiger übertragene *interdictum quasi Salvianum* scheint in den Quellen nicht gegründet d).

---

h) c. 7. pr. §. 1 et 2. C. VIII. 39. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.*

a) D. XLIII. 33. *de Salviano interdicto.* — C. VIII. 9. *de precario et Salviano interdicto.* — Huschke in den Studien des Röm. Rechts. Breslau 1830, N. 4.

b) c. 1. C. *h. t.* Einige vertheidigen wegen fr. 1. §. 1. D. *h. t.* die Wirksamkeit dieses Interdictes gegen jeden Besitzer; allein Mackeldey §. 325. und Thibaut im Arch. f. C. Pr. XI. 1. S. 141. behaupten, es sey ein offenbarer Widerspruch zwischen den Digesten und dem Codex, und dieser jenen vorzuziehen. A. M. ist Huschke S. 383., so wie Fritz in s. Erläut. zu Wening II. S. 540.

c) §. 3. J. IV. 15. *de interdictis.*

d) Aus c. 1. C. *h. t.* „adversus conductorem, *debitoremve* competit.“ folgert Thibaut in der angeführten Abh. das Gegentheil. — Die Erklärung dieser Constitution, welche Zimmern

Vierter Titel.

Von der Aufhebung des Pfandrechtes a).

§. 258.

Aufhebung des Pfandrechtes A. aus eigenthümlichen Ursachen, und zwar 1) durch Erlöschung der Hauptschuld und 2) durch Veräußerung des Pfandes.

I. Erlischt die Hauptschuld b) ganz c); so muß nothwendiger Weise auch das Pfandrecht, als der accessorische Theil erlöschen d). Wird diese Erlöschung aus einer dem Geschäfte selbst anklebenden Ursache aufgehoben, und die Hauptschuld wieder hergestellt, so lebt auch das Pfandrecht wieder auf e).

II. Wird die verpfändete Sache von dem Gläubiger veräußert; so erlischt nicht nur das Pfandrecht des Veräußerers, sondern auch der nachfolgenden Pfandgläubiger f). Doch hat dieses

---

in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. I. 1. S. 54. vorschlug, verwirft Thibaut. S. 138. der angef. Abh., wogegen wieder Zimmern im Arch. f. C. Pr. XI. 3. S. 345. auftrat. Die Begründung unserer beschränkenden Meinung aber, und die Erklärung der c. 1. C. *h. t.* bey Huschke S. 349—363. scheint uns gelungen.

a) D. XX. 6. *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.*

b) fr. 11. §. 1. 5. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 4. D. XX. 4. *qui potior.* — fr. 6. pr. D. XX. 6. *h. t.* — c. 19. C. IV. 32. *de usur.*

c) §. 240. b.

d) Wenn Mehrere behaupten, daß die Hypothekar-Klage nicht erlösche, wenn auch die persönliche Klage durch Verjährung aufhörte; so ist dieß aus einer unrichtigen Interpretation der c. 2. C. VIII. 31. *de luitione pign.* zu erklären; denn diese Constitution enthält nichts Anderes, als daß auch für eine bloß natürliche Verpflichtung ein Pfand bestellt werden könne, v. Löhr im Archiv für Civ. Pr. X. 1. S. 83. Eine andere gute Erklärung dieser Stelle gibt Buchholtz in s. jur. Abh. S. 391. — Durch eine Novation der Hauptschuld (§. 637.) geht ebenfalls das Pfandrecht verloren, wenn nicht das Gegentheil bedungen wurde, fr. 18. D. XLVI. 2. *de novat.* in Verbindung mit fr. 11. §. 1. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 3. pr. fr. 12. §. 5. D. XX. 4. *qui potior.*

e) fr. 10. §. 1. D. IV. 2. *quod metus causa.*

f) c. 6. 7. C. IV. 10. *de oblig. et act.* — c. 1. C. VIII. 20. *si antiquior creditor.*

Digitized by Google

nicht Statt, wenn ein schwächerer Pfandgläubiger g), oder der Schuldner selbst die Veräußerung vornahm h).

§. 259.

B. Aus allgemeinen Ursachen: 3) durch den Verlauf der Zeit; 4) durch Confusion; 5) durch den Untergang des Pfandes; 6) durch die ex tunc geschehene Widerrufung des Eigenthumes des Schuldners; 7) durch Verjährung.

III. Das Pfandrecht erlischt ferner durch den Verlauf der Zeit, bis zu welcher es bestellt war, oder durch den Eintritt der auflösenden Bedingung a). IV. Durch Confusion, wenn nähmlich das Pfandrecht und das Eigenthum in einer Person zusammen treffen b). Wobey jedoch zu bemerken ist, daß die Confusion zuweilen nicht Statt hat, ungeachtet Jemand das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache erwarb, so daß er auch in der eigenthümlichen Sache die Hypothek beybehält, um sich dadurch gegen schwächere Pfandgläubiger zu schützen (§. 248. am Ende). V. Durch den Untergang der ganzen Sache c). Aber das Pfandrecht geht weder durch den theilweisen Untergang der Sache, noch durch eine Umänderung derselben verloren, außer es wäre damit eine solche Specification vorgenommen worden, daß sie nicht mehr ihre frühere Gestalt erhalten kann d). Daß beym allgemeinen Pfandrechte eine Sache, die von dem Schuldner selbst in eine neue Form gebracht wurde, nicht aufhöre,

g) fr. 12. pr. §. 7. D. XX. 4. *qui potior.* — fr. 1. D. XX. 5. *de distr. pign.* — c. 3. C. VIII. 20. *si antiquior creditor.*

h) Vergl. aber §. 260. N. 4. — Hinsichtlich der Erben, welche mit der Rechtswohlthat des Inventars die Erbschaft angetreten haben, hat die Ausnahme Statt, daß die von ihnen veräußerten Sachen von dem Pfandverbande so gelöst werden, daß die Käufer derselben von keinem Hypothekar-Gläubiger belangt werden können, c. 22. §. 5. 6. 8. C. VI. 30. *de jure delib.*

a) fr. 6. pr. D. XX. 6. *quib. mod. pign. solv.*

b) fr. 20. §. 3. fr. 29. D. XIII. 7. *de pign. act.*

c) fr. 8. pr. D. XX. 6. *quib. mod. pign. solv.* — fr. 21. D. XIII 7. *de pign. act.*

d) fr. 18. §. 3. D. XIII. 7. *eod.* Vergl. §. 239. vor Note e.

Digitized by Google

verpfändet zu seyn, folgt aus den Grundsätzen über das allgemeine Pfand. Ist die zu Grunde gegangene Sache wieder hergestellt worden, so lebt auch das Pfandrecht wieder auf e). VI. Wird das Eigenthum des Schuldners *ex tunc* widerrufen, so geht das Pfandrecht nicht minder verloren f), als wenn das Recht, welches verpfändet war, auf was immer für eine Weise aufhörte g). War daher das Pfandrecht selbst, oder eine Forderung verpfändet, so hört das Recht des Afterpfandgläubigers in dem Augenblicke auf, als der erste Gläubiger auf was immer für eine Weise befriediget wurde h). Ist aber der Schuldner von der weiteren Verpfändung benachrichtigt worden, so erlischt das Pfandrecht nicht, wenn er auch den ersten Gläubiger befriedigte i). VII. Wie die Hypothekar-Klage durch Verjährung verloren gehe, haben wir bereits erklärt (§. 256.). Doch kann sie auch durch Ersitzung erlöschen, wenn Jemand eine verpfändete Sache aus einem rechtmässigen Grunde als frey binnen der gehörigen Zeit im Besitze hatte k). Übrigens ist von selbst klar, daß, wenn das Pfandrecht auf diese Weise aufhört, der Gläubiger seine persönliche Klage gegen den Schuldner nicht verliere l).

§. 260.

Von der Erlassung des Pfandrechtes.

Endlich VIII. hört das Pfandrecht sowohl durch ausdrückliche als stillschweigende Erlassung auf, wenn sie von demjenigen

e) fr. 29. §. 2. fr. 35. D. XX. 1. *de pign.*

f) fr. 4. §. 3. D. XVIII. 2. *de in diem addict.* — fr. 3. D. XX. 6. *quib. modis pign. solv.* — c. ult. §. 3. C. VI. 43. *communia de legat.*

g) fr. 31. D. XX. 1. *de pign.* — c. 1. C. VIII. 24. *si pign. pignor. dat.*

h) fr. 40. §. 3. D. XIII. 7. *de pign. act.*

i) c. 4. C VIII. 17. *quae res pign.*

k) c. 1. 2. C. VII. 36. *si adversus credit. praescript. oppon.* — c. 8. pr. C. VII. 39. *de praescript. longiss. temp.* — c. 19. C. VIII. 45. *de evict.* Der Schuldner selbst aber, oder dessen Erben können die Freyheit gegen den Eigenthümer nicht ersitzen, c. 1. C. VII. 36. *si advers. credit.*

l) c. 1. in fin. C. VII. 36. *eod.*

Digitized by Google

geschieht, der die freye Schaltung über sein Vermögen hat a). Ausdrücklich wird das Pfandrecht mittelst Vertrages erlassen b), und man kann auf diese Weise nicht nur das ganze Pfand, sondern auch einen Theil c), nicht nur das vertragsmäßige, sondern auch das gesetzliche Pfand nachlassen d). Stillschweigend wird in folgenden Fällen das Pfand als erlassen angenommen, wenn nicht der Gläubiger den entgegengesetzten Willen ausdrücklich erklärte: 1) wenn er das Pfand oder die Verpfändungsurkunde zurückstellt; bey Zurückstellung der Urkunde wird auch die Hauptschuld für erlassen angenommen e); 2) wenn der Gläubiger dem Schuldner das Pfand vermacht f); 3) wenn dem Gläubiger mit seinem Willen statt des Pfandes eine andere Sicherstellung geleistet wird, z. B. durch Bürgen, oder durch ein anderes Pfand, welches in der Absicht angenommen wurde, daß das erste aufgehoben werde g); 4) wenn der Gläubiger in eine neue Verpfändung der Sache, die er zum Pfande hat, einwilliget, in welchem Falle vermuthet wird, daß er nicht nur dem besseren, sondern dem Pfandrechte überhaupt entsagt habe h), was eben-

a) fr. 7. pr. D. XX. 6. *quibus modis pign. solv.*
b) fr. 8. §. 1. D. *eod.* — c. 4. C. VIII. 26. *de remiss. pign.*
c) fr. 8. §. 3. 4. D. XX. 6. *cit.*
d) fr. 8. pr. D. XVI. 1. *ad SCtum Vellej.* — c. 11. C. IV. 29. *ad SCtum Vellej.*
e) fr. 2. §. 1. fr. 3. D. II. 14. *de pactis.* — c. 7. C. VIII. 26. *de remiss. pign.*
f) fr. 1. §. 1. D. XXXIV. 3. *de liberatione legata.*
g) fr. 9. §. 3. D. XIII. 7. *de pign. act.* — fr. 5. §. 2. fr. 6. §. 1. 2. D. XX. 6. *quibus modis pign. solv.* — c. ult. C. VIII. 42. *de novation.* So wunderbar, wie Vermehren im Arch. f. C. Pr. XIII. 1: S. 47. meint, ist es denn auch nicht, wenn man in diesem Falle eine stillschweigende Erlassung des früheren Pfandes annimmt, denn sagt der Schuldner zu dem Gläubiger: es ist mir äußerst lästig, daß mein Haus verpfändet ist; ich möchte lieber zu deiner Sicherheit meinen Grund verpfänden, oder Bürgen bestellen, und der Gläubiger antwortet: Gut, ich nehme den Grund als Pfand, oder die Bürgen zur Sicherheit an; so drückt dieß ja doch nur stillschweigend, d. i. mittelst eines logischen Schlusses aus, daß das Pfand an dem Hause erlassen sey.
h) fr. 9. §. 1. fr. 12. pr. D. XX. 6. *cit.* — Vermehren im Arch.

Digitized by Google

falls dann gilt, wenn er in die Veräußerung des Pfandes unbedingt, d. i. ohne Vorbehalt seines Rechtes einwilligt, und die Veräußerung wirklich und zwar so geschah, wie er bewilligte i). Es ist aber gleichgültig, ob er bey der Veräußerung selbst einwilligte, oder dieselbe später genehmigte k). Hat er bloß dagegen nicht widersprochen; so enthält das Stillschweigen allein noch keine Erlassung in sich l), außer es hat der Fiscus veräußert m), oder der Gläubiger schwieg betrügerischer Weise n), oder endlich die Gläubiger wurden durch einen öffentlichen Anschlag aufgefordert, und sie widersprachen nicht, ungeachtet sie beym Verkaufe zugegen waren o).

Fünfter Titel.

Von dem Zusammentreffen mehrerer Gläubiger.

§. 261.

Von dem Vorzuge beym Pfandrechte a).

Gibt es mehrere Pfandgläubiger in Bezug auf die nähmliche Sache; so ist, um Collisionen zu vermeiden, eine gewisse Ord-

---

f. C. Pr. XIII. 1. S. 33. glaubt, daß diese Stellen bloß von der Entsagung auf das Vorzugsrecht handeln. Nicht entgegen ist das fr. 12. §. 4. D. XX. 4. *qui potior.*, denn dieß ist auf den Fall zu beziehen, wo der in eine weitere Verpfändung einwilligende Gläubiger sich sein Recht ausdrücklich vorbehielt. Glück XIX. §. 1104. S. 429.

i) fr. 4. §. 1. 2. fr. 8. §. 6. 7. 11—19. D. XX. 6. *quibus mod. pign. solv.* — fr. 158. D. L. 17. *de reg. jur.* — c. 2. C. VIII. 26. *de remiss. pign.*

k) fr. 4. §. 1. D. XX. 6. *quib. mod. pign. solv.*

l) c. 2. C. VIII. 26. *de remiss. pign.*

m) c. 8. C. *eod.*

n) c. 2. C. VIII. 16. *si alien. res.*

o) c. 6. C. VIII. 26. *de remiss. pign.*

a) D. XX. 4. *qui potior. in pign. hab.* — Zimmern geschichtliche Übersicht der Pfandprivilegien in den Röm. rechtlichen Untersuchungen von Neustetel und Zimmern. Heidelberg 1821. S. 282—305. — *A. A. de Buchholtz* qui potiores sint in pign. Regiomont. 1829, und die Anzeige darüber in Schuncks Jahrb. XIX. 2. S. 111.

Digitized by Google

nung nothwendig, nach welcher sie ihre Befriedigung erhalten sollen, wobey folgende Hauptgrundsätze zu beobachten sind: Es gibt einige privilegirte Pfänder, welche den übrigen vorgezogen werden, dann folgen die öffentlichen oder quasi öffentlichen, und sind alle gleicher Natur, so hat das ältere den Vorzug. Endlich ist zu bemerken, daß der Afterpfandgläubiger immer dem ursprünglichen Gläubiger oder dem Afterverpfänder vorgezogen werde b).

§. 262.

Von den privilegirten Pfändern.

Ein Privilegium hat I. der Fiscus wegen der Steuern aus dem Vermögen der Unterthanen a) und derjenigen, mit denen er contrahirte, doch im letzteren Falle erstreckt sich das Privilegium nur auf dasjenige Vermögen, welches der Schuldner nach dem eingegangenen Contracte erwarb b). II. Die rechtgläubige Ehefrau wegen des Heirathsgutes und der Vermehrung desselben, sie mag nun mit Gläubigern zusammentreffen, denen nach dem Gesetze, oder mit andern, denen aus einem Vertrage das

---

b) Kaufmann §. 123.

a) c. 1. C. IV. 46. *si propter publ. pens.* Neuestens bezweifelt C. G. Wächter im Arch. f. C. Pr. XIV. 3. S. 386. überhaupt das Privilegium des Fiscus wegen rückständiger Steuern.

b) fr. 28. D. XLIX. 14. *de jure fisci.* Nicht entgegen ist weder das fr. 21. pr. D. XX. 4. *qui potior.*, welches historisch auf jene Zeit zu beziehen ist, wo dem Fiscus ohne ausdrückliche Verabredung gar kein Pfandrecht gebührte, Zimmern in der angef. Abh. S. 294. und 300, noch die c. 2. C. VII. 73. *de privil. fisci.*, denn in dieser Stelle ist von den später zu erwerbenden Gütern gar nicht die Rede. Neuerdings behauptet aber Spangenberg im Arch. f. C. Pr. XI 3. S. 451., daß aus dem fr. 28. D. *de jure fisci.* kein Beweis für ein Privilegium des Fiscus an dem Vermögen des Schuldners, welches er nach dem mit dem Fiscus eingegangenen Contracte erwarb, hergeleitet werden könne. Vergl. auch Glück XIX. S. 248—268. Auf das Vermögen des *primipilus* hat der Fiscus kein privilegirtes, ja wahrscheinlich nicht einmahl ein einfaches, Pfandrecht. Glück im angef. Werke S. 74. und 267. Vergl. auch c. 4. C. VIII. 15. *in quibus caus. pign. tac.* — c. 3. C. XII. 63. *de primipilo.*

Digitized by Google

Pfandrecht gebührt c). Aber weder den Erben, noch anderen Personen, welche das Recht haben, das Heirathsgut zurückzufordern, kömmt dieses Privilegium zu d), mit Ausnahme der Kinder erster Ehe, welche mit ihrer Stiefmutter zusammentreffen e). III. Diejenigen, welche zur Anschaffung oder Erhaltung einer schon Andern verpfändeten Sache ein Geld-Darlehn gaben, weil und insofern durch dieses Darlehn auch die übrigen Pfandrechte in einen besseren Zustand kamen, wenn nur dem Darleiher entweder nach dem Gesetze, oder vermöge eines besonderen Vertrages ein Pfandrecht gebührt f). Hieher gehören also: 1) Die Unmündigen hinsichtlich der mit ihrem Gelde erkauften Sachen g); 2) diejenigen welche zur Wiederherstellung baufälliger Gebäude Geld darliehen h), denn diesen gebührt schon nach dem Gesetze ein Pfandrecht; aus den vertragsmäßigen Pfändern gehören 3) diejenigen hieher, welche zum Ankaufe einer *militia* i) ein Darlehn gaben, und sich an derselben ein Pfandrecht bedungen k); 4) die zur

c) §. 29. J. IV. 6. *de action.* — c. 12. §. 1. C. VIII. 18. *qui potior.* — Nov. 97. c. 2. 3. — Hinsichtlich der *donatio propter nuptias*, oder der Paraphernalgüter kömmt der Frau dieses Privilegium nicht zu, c. 12. §. 2. C. VIII. 18. *qui potior. in pign.* — Nov. 109. c. 1.

d) §. 29. J. IV. 6. *de act.* — Nov. 61. *in fin.* — Nov. 91. pr. — Löhr im Arch. für Civ. Prax. V. 2. S. 290.

e) c. 12. §. 1. C. VIII. 18. *qui potior.* — Nov. 91. praef. et c. 1. — In einem weiteren Sinne nimmt dieses Privilegium K. A. v. Kamptz in der Revision der Lehre vom Übergange des Brautschatzprivilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berlin 1811. Aber man sehe von Löhr im Arch. f. Civ. Prax. V. 2. S. 290—312. Von Neuem vertheidigt Glück die Meinung des Kamptz in seinem Comm. XXVII. S. 171.

f) Man pflegt es *pignus ob versionem in rem* zu nennen, fr. 5. fr. 6. fr. 7. pr. D. XX. 4. *qui potior.* — c. 7. C. VIII. 18. *qui potior.* — c. 17. C. VIII. 14. *de pign.* — Nov. 97. c. 3. 4.

g) fr. 7. pr. vergl. mit fr. 5. D. XX. 4. *qui potior.*

h) §. 247. III.

i) Unter dem Nahmen *militia* versteht man Ämter im Pallaste des Kaisers oder bey Magistraten, von denen viele verkauft und vererbt werden konnten. Glück XIX. S. 293.

k) Nov. 97. c. 4.

Digitized by Google

Anschaffung oder Erhaltung entweder einer beweglichen oder unbeweglichen Sache ein Geld-Darlehn gaben, und sich an dieser ein Pfandrecht vorbehielten l), wenn nur das Geld wirklich zu diesem Zwecke angewendet wurde m). Die Ordnung, in welcher die einzelnen Privilegien zu stehen kommen, ist folgende: den ersten Platz behauptet der Fiscus n); dann folgt derjenige, welcher zum Ankaufe einer *militia* ein Darlehn gab, wenn er durch ein von Zeugen unterschriebenes Document sich das vor Anderen geltende Pfandrecht bedungen hat o). Den dritten Platz

l) Vergl. die unter f citirten Stellen. Wie durch die Erhaltung einer z. B. schon baufälligen Sache das Pfandrecht der schon vorhandenen Pfandgläubiger in einen besseren Zustand kommen könne, ist von selbst klar. Was die Anschaffung betrifft; so hat dieß auf den Fall Anwendung, als Jemanden ein allgemeines Pfandrecht an den gegenwärtigen und zukünftigen Gütern des Schuldners gebührt, denn leiht ein Dritter dem Schuldner Geld, damit er z. B. ein Haus kaufen könne; so wird ja dadurch auch der Zustand des allgemeinen Pfandes verbessert; die Anwendung tritt ferner bey einem Rechtsgeschäfte ein, welches in fr. 3. §. 1. D. XX. 4. *qui potior.* erzählt wird, oder mit diesem analog ist: es verpfändete nähmlich Jemand ein Grundstück, noch eh' er es in seinem Besitze hatte, später schoß ein zweyter Gläubiger das Kaufgeld vor, und erhielt das nähmliche Grundstück zum Pfande. Hier hat nun dieser bis zur Höhe der dem Verkäufer bezahlten Summe sammt Zinsen den Vorzug vor dem ersten Gläubiger, indem auch dessen Pfandrecht erst durch die Erwerbung der Sache von Seite des Schuldners, und zwar durch den zweyten Gläubiger, zur Kraft gelangte. — Dieses Privilegium wird von Mehreren auch auf den Fall bezogen, wo andere Sachen, als Geld, zum Darlehn gegeben wurden, allein eine solche analoge Ausdehnung widerspricht den allgemeinen Grundsätzen von Privilegien. Zimmern in der angef. Abh. S. 286.

m) fr. 5. D. XX. 4. *qui potior.* — Nov. 97. c. 3.

n) Ohne Zweifel wegen der Steuern, fr. 7. pr. D. XXXIX. 4. *de publicanis.* — fr. 36. D. XLIX. 14. *de jure fisci.* — c 1. 2. C. IV. 46. *si propter publ. pensit.* — Viele rechnen noch hieher das Pfandrecht des Fiscus an jenem Vermögen des Schuldners, welches er nach eingegangenem Contracte erwarb, wegen der c. 3. C. XII. 63. *de primipilo*, „Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus.“

o) Nov. 97. cap. 4. Fehlt diese Form, so wird derjenige, welcher zum Ankaufe einer *militia* ein Darlehn gab, der Frau nicht vorgezogen; sondern er hat mit den übrigen Gläubigern, mittelst deren Gelde eine Sache angeschafft oder erhalten wurde, gleiche Rechte. Zimmern in der cit. Abth. S. 305.

Digitized by Google

nimmt die Ehegattinn ein, welche das Heirathsgut zurückfordert p). Die übrigen Pfänder, welche wegen Anschaffung oder Verbesserung einer Sache privilegirt sind, haben unter sich keinen Vorzug, sondern das öffentliche und das diesem gleichgestellte *pignus quasi publicum* hat den Vorrang vor dem Privat-Pfande, und sind sie auch in dieser Hinsicht gleich; so hat das neuere Pfand den Vorzug, weil auch durch die neueste Auslage das Pfandrecht der Übrigen in einen besseren Zustand gelangte q).

§. 263.

Von dem öffentlichen Pfandrechte a).

Wenn mehrere Pfandrechte an einer Sache ein gleiches Privilegium haben, oder alle einfach sind; so geht das ver-

---

p) Nov. 97. c. 34.

q) arg. fr. 5. D. XX. 4. *qui potior.* — Seuffert I. §. 217. N. 3. — Warnkönig I. N. 387. Ob die von einem späteren Eigenthümer zugestandenen privilegirten Pfandrechte auch dann einen Vorzug genießen, wenn sie mit einfachen Pfandrechten, die bey einem früheren Eigenthümer erworben wurden, zusammentreffen, oder ob die Pfandprivilegien bloß einen Vorzug vor dem Gläubiger dessen geben, welcher die Pfandrechte bestellte, ist in neuester Zeit wieder sehr bestritten. Während Hepp in der Zeitschr. f. C. u. Pr. IV. 1. S. 37. die letztere Meinung vertheidigt, haben Thibaut im Arch. f. C. Pr. XIV. 2. S. 235. und Spangenberg in dems. Arch. XIV. 1. S. 155. sich für den unbedingten Vorzug der Pfandprivilegien auch gegen die einfachen Pfandrechte, die ein früherer Eigenthümer bestellte, erklärt. Dagegen bemerkt C. G. Wächter im Arch. f. C. Pr. XIV. 3. S. 340., daß durch bloß allgemeine Gründe für Hepp's Ansicht nichts gewonnen wurde, und gesteht in so fern Thibauts Meinung das Übergewicht zu; allein mit Einschlagung eines speciellen Weges untersucht er bey jedem einzelnen Pfandprivilegium, ob es nach den Quellen wirklich auch den einfachen Pfändern, welche ein früherer Eigenthümer bestellte, vorgehe, und gelangt, wie mir scheint, mit guten Gründen zu dem Resultate, daß sich dieser Vorzug nicht gründlich vertheidigen lasse.

a) c. 11. C. VIII. 18. *qui potior. in pign.* Über den Sinn dieser Verordnung urtheilen die Rechtsgelehrten sehr verschieden, Glück XVIII. §. 1081. S. 278. — v. Löhr dehnt im Arch. für C. Pr. VI. 1. S. 150. den Vorzug des öffentlichen Pfandrechtes auch auf die übrigen, nicht vertragsmäßigen, insbesondere auf die ge-

Digitized by Google

tragsmäſſige Pfandrecht, wenn es ein öffentliches, oder *quasi* öffentliches iſt, dem Privat-Pfande vor b).

ſetzlichen Pfänder aus. Allein man ſehe Franckes Beyträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. Göttingen 1828, S. 105.

b) Kaiſer Leo ſagt in der angeführten Verordnung nichts Anderes, als daß der Gläubiger, welcher ein öffentliches Pfand hat, demjenigen vorzuziehen ſey, deſſen Recht ſich nur auf eine Privat-Urkunde des Schuldners gründet. Derjenige aber, der ein geſetzliches Pfandrecht hat, beruft ſich weder auf eine öffentliche, noch auf eine Privat-Urkunde, ſondern auf das Geſetz ſelbſt, und da die angeführte Verordnung von dieſem Falle ſchweigt; ſo glauben wir mit Recht ſchließen zu dürfen, daß er darin gar nicht enthalten ſey, woraus wir weiter folgern, daß die geſetzlichen Pfandrechte den vertragsmäſſigen, dieſe mögen zu den öffentlichen oder Privat-Pfändern gehören, nur dann vorzuziehen ſeyen, wenn ſie älter ſind. Vergl. den folg. Paragr. — v. Löhr beſtreitet neuerdings im Arch. f. Civ. Pr. XII. 2. S. 161. dieſe Anſicht, und zwar zum Theile auch vorzüglich deßhalb, weil ſie zu einem nicht zu vermeidenden Cirkel bey Ausübung des Pfandrechtes führen ſoll, und gibt folgendes Beyſpiel an: „A erhält eine vertragsmäßige Privat-Hypothek auf 1000, B eine ſpätere geſetzliche auf 800, C eine noch jüngere vertragsmäßige öffentliche auf 1200, und das Vermögen des Schuldners beſteht nur aus 1200. Dem A nimmt ſein Recht der C, dem C der B, und dem B wieder der A, dem A wieder der C, und ſo fort in einem Zirkel, welcher kein Ende hat.“ — Die Möglichkeit eines ſolchen Falles nimmt aber Paulus in dem von Löhr ebenfalls angeführten fr. 16. D. XX. 4. *qui pot. in pign.* an, und es wäre dadurch ja offenbar ausdrücklich unſere Anſicht in den Geſetzen begründet. Doch da jedes Geſetz ſo auszulegen iſt, daß es keine Ungereimtheit enthalte; ſo muß auch jener Theil des benannten Fragmentes, wo Paulus ſeine Meinung gegen die Anſicht anderer Rechtslehrer darſtellt (fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere: mihi nequaquam hoc justum videbatur) als nicht verbindend, vielmehr die von ihm getadelte Anſicht als richtig angenommen werden, und in dem gegebenen Falle erhält alſo A 1000, doch nimmt ihm C dieſe 1000 weg, es bleiben daher für B nur 200. Auch kann ſich B hierüber nicht beklagen, denn ihn berührt das Verhältniß zwiſchen A und C nicht. Wäre C gar nicht hinzugekommen; ſo würde er ebenfalls nur 200 erhalten haben, und nun ſollte der zufällige Umſtand, daß C und zwar in der Art hinzukommt, daß er einen Vorzug vor A hat, bewirken, daß B in einer beſſeren Lage wäre, als früher, oder, wenn man den Cirkel annimmt, in einer Lage, wo er gar nichts bekommen kann? — Fritz erklärt ſich aber neueſtens in ſ. Erl. zu Wening II. S. 520. ebenfalls für Löhrs Anſicht.

Digitized by Google

§. 264.

Von der Ordnung der übrigen Pfänder nach dem Alter.

Ist die Beschaffenheit der Pfänder nach den angeführten Regeln gleich; so gilt endlich der Grundsatz, daß das ältere vor dem jüngeren den Vorzug hat (*qui prior tempore, potior jure*) a). Das Alter wird nach der Bestellung des Pfandes bestimmt, wenn auch vielleicht ein Anderer früher den Hauptvertrag abschloß b). Dieselbe Regel gilt, wenn Mehreren zu verschiedener Zeit von dem nähmlichen Nicht-Eigenthümer ein Pfand bestellt wurde c). Wurde es aber von verschiedenen Nicht-Eigenthümern gegeben; so ist der Besitzer vorzuziehen d). Auch hat der erwähnte Grundsatz keine Anwendung: 1) wenn mehrere *ob versionem in rem* privilegirte Pfandrechte zusammentreffen (§. 262. am Ende), oder 2) mehrere Prätorische Pfänder (§. 244. vor e). Ist eine Sache verschiedenen Personen zu gleicher Zeit verpfändet worden, so ist zu unterscheiden, ob sie Allen im Ganzen (*in solidum*) oder nach Theilen zum Pfande gegeben worden sey. Im ersten Falle bedienen sich die Pfandgläubiger gegen Auswärtige ihres Rechtes *in solidum*, unter ihnen selbst hat aber der Besitzer den Vorzug e); im letzteren Falle hat jeder nach Maß seiner Forderung Anspruch auf den verpfändeten Theil f).

§. 265.

Von dem Anbiethungsrechte (de jure offerendi).

Ein schwächerer Pfandgläubiger kann ohne den Willen des stärkeren die verpfändete Sache weder verkaufen, noch den letz-

---

a) fr. 2. fr. 8. fr. 11. pr. D. XX. 4. *qui potior.* — c. 2. 4. 8. C. VIII. 18. *eod.*
b) fr. 12. §. 2. D. XX. 4. *qui potior.*
c) fr. 14. D. XX. 4. *eod.*
d) fr. 14. D. *eod.*
e) fr. 10. fr. 16. §. 8. D. XX. 1. *de pign.* — fr. 1. §. 1. D. III. 33. *de interdict. Salvian.*
f) fr. 10. fr. 16. §. 8. D. XX. 1. *de pign.*

Digitized by Google

teren zum Verkaufen zwingen, oder ihm den Besitz des Pfandes verweigern a). Auch der gerichtliche Sieg, den einer der nachfolgenden Pfandgläubiger davon trug, hilft ihm gegen die vorhergehenden nicht b). Er hat also kein anderes Recht, als den Überschuß zu begehren, wenn die Sache von einem stärkeren Pfandgläubiger veräußert wurde (§. 252. am Anfange), oder das Anbiethungsrecht auszuüben, dessen Vortheile besonders darin bestehen, daß der Anbiethende nun selbst die Befugniß, das Pfand zu verkaufen, erhält, welche er früher nicht hatte, oder daß er die Veräußerung desselben, welche der frühere Gläubiger beabsichtigte, hindern kann. Das *jus offerendi* ist daher das dem Pfandgläubiger zustehende Recht, einen andern Pfandgläubiger, auch gegen dessen Willen, durch gehörige Anbiethung und Leistung der vollständigen Befriedigung zu entlassen, und zur Befestigung des eigenen Rechtes an dessen Stelle zu treten c). Es steht also dieses Recht einem Pfandgläubiger zu; der Regel nach wird sich wohl der schwächere gegen den stärkeren desselben bedienen; doch steht nichts entgegen, wenn der letzte gegen den ersteren dasselbe gebrauchen will d). Ein Chirographar-Gläubi-

a) fr. 12. pr. §. 7. D. XX. 4. *qui potior.* — fr. 1. D. XX. 5. *de distr. pign.* — c. 8. C. VIII. 18. *qui potior.* — c. 3. C. VIII. 20. *si antiquior cred.* A. M. ist Bopp in der Zeitschr. für Civ. u. Pr. III. 2. S. 234. Aber die Interpretation der c. 8. C. VIII. 18. scheint uns willkührlich, indem Bopp bey den Worten: „nec alias secundum (creditorem) distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas“ nicht auf *distrahendi potestatem*, sondern auf *potestatem hujus pignoris consequi* das Gewicht legt. In Schuncks Jahrbüchern XVII. 2. wird von dem Recensenten F—r Bopps Ansicht unbedingt verworfen; eben so ist dagegen v. Löhr im Archiv für Civ. Pr. XIV. 2. S. 167—177. Hierauf replicirt Bopp neuerdings im Arch. für Civ. Pr. XV. 3., erklärt nun aber seine Meinung näher dahin (S. 373.), daß der von einem nachstehenden Pfandgläubiger vorgenommene Verkauf nicht eher rechtsgültig wird, als bis der vorhergehende Pfandgläubiger vollständig aus dem Kaufpreise befriedigt ist.

b) fr. 16. D. XX. 4. *qui potior.*

c) c. 22. C. VIII. 14. *de pign.* — c. 1. et 5. C. VIII. 18. *qui potior.*

d) *Pauli* recept. Sentent. II. 13. §. 8. Anderer Meinung ist Zim-

Digitized by Google

ger kann dieſes Recht nur dann ausüben, wenn entweder der Gläubiger ſelbſt einwilligt, oder wenn er mit dem Schuldner einen Vertrag eingeht, daß dieſer den Gläubiger mit dem von ihm dargeliehenen Gelde befriedige, und ihm die nähmliche Sache, welche jenem verpfändet war, zum Pfande gebe (§. 248. b.). Das *jus offerendi* hat gegen jeden Pfandgläubiger Statt, wenn er auch privilegirt e), oder von dem Anbiethenden durch mehrere Zwiſchenperſonen getrennt iſt f). Aber es kann nur gegen Pfandgläubiger angewendet werden, nicht gegen die Käufer der Pfandſache g), außer es hätte der Gläubiger ſelbſt h) oder ein Bürge i) dieſelbe gekauft (§. 252. g.), oder zwar ein Auswärtiger, aber nur dann, wenn er an die Stelle des mit ſeinem Gelde entlaſſenen Gläubigers trat k). Und nur unter der Bedingung kann das Anbiethungsrecht ausgeübt werden, wenn der zu entlaſſende Gläubiger ſeine volle Befriedigung an Geld und Zinſen erhielt, oder wenn im Falle, als er ſich dieſelbe anzunehmen

---

mern in der Zeitſchr. für Civilrecht u. Pr. I. 1. S. 53., allein man ſehe Müller im Arch. f. C. Prax. XI. 3. S. 386. A. M. iſt auch Linde in der Zeitſchr. für Civ. und Pr. V. 2. S. 290., allein ſ. dagegen Schuncks Jahrb. XIX. 2. S. 118., worauf Linde in derſ. Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. VI. 2. S. 215. replicirte. Vorzüglich iſt aber für unſere Meinung zu beachten Müller in in ſ. civ. Abh. I. Gießen 1833, S. 54—97., wobey auch auf die Colliſionsfälle Rückſicht genommen wird, wenn mehrere Pfandgläubiger zugleich das jus offerendi ausüben wollen. Verſchieden von dem jus offerendi, obgleich es zuweilen unter dieſem Nahmen bezeichnet wird, iſt das Recht des Schuldners, oder eines auswärtigen Beſitzers des Pfandes, durch Befriedigung des Gläubigers deſſen Hypothekar-Klage auszuſchließen, denn eigentlich iſt dieß eine Art der Aufhebung des Pfandrechtes, §. 255. Note i.

e) c. 10. C. VIII. 18. *qui potior.* — c. 2. C. VIII. 19. *de his, qui in prior.*

f) Wobey aber die Rechte der mittleren Pfandgläubiger unverletzt bleiben, fr. 12. §. 9. fr. 16. fr. 20. D. XX. 4. *qui potior.*

g) fr. 12. §. 7. D. XX. 4. *qui potior.* — c. 1. c. 3. C. VIII. 20. *si antiqu. cred.*

h) fr. 6. D. XX. 5. *de distr. pign.* — c. 1. C. VIII. 20. *cit.*

i) fr. 2. fr. 5. §. 1. D. XX. 5. *de distr. pign.*

k) fr. 3. §. 1. D. XX. 5. *eod.*

Digitized by Google

weigerte, der Betrag der Forderung gesetzlich deponirt wurde l); worauf er *ipso jure* an die Stelle des entlassenen Gläubigers eben so tritt, als wäre ihm das Recht desselben cedirt worden m). Übrigens erlischt das Anbiethungsrecht durch die Verjährung gerade so, wie die Hypothekar-Klage n).

§. 266.

Von dem Concurse.

Ein Concurs hat Statt, wenn der Schuldner den einzelnen Gläubigern nicht vollständig Genüge leisten kann a), was entweder durch eine freywillige Güterabtretung *(cessio bonorum)*, oder durch die Einweisung in das gesammte Vermögen des Schuldners *(missio in bona)* offenbar wird, welche letztere die Obrigkeit auf Begehren aller oder doch wenigstens eines der Gläubiger anordnet. Die Güterabtretung ist jener Act, wodurch der Schuldner sein ganzes Vermögen den Gläubigern freywillig zu dem Zwecke überläßt, daß sie daraus nach Thunlichkeit ihre Befriedigung erlangen. Sie ist eine Rechtswohlthat, welche nur denjenigen zusteht, die ohne ihr Verschulden durch ungünstige Umstände in Schulden geriethen, und hat die Wirkung, daß der Schuldner nicht eingekerkert werden kann, oder

---

l) fr. 2. fr. 3. §. 1. D. XX. 5. *eod.* — fr. 20. D. XX. 4. *qui potior.* Er ist aber nicht verpflichtet, dem Gläubiger auch dessen Chirographar-Forderung zu bezahlen, c. un. *in fin.* C. VIII. 27. *etiam ob chirogr. caus.*

m) fr. 2. D. XX. 5. *de distr. pign.* — fr. 11. §. 4. D. XX. 4. *qui potior.* — c. 1. C. VIII. 18. *qui potior.* — c. ult. C. VIII. 19. *de his, qui in prior.* Doch dieses gilt von Chirographar-Gläubigern, die sich des Anbiethungsrechtes bedienen, nicht, denn diese bedürfen einer Cession. Vergl. was wir im Texte des Paragraph. von den Chirographar-Gläubigern sagten.

n) c. 7. §. 3. C. VIII. 39. *de praesc.* 30 *vel* 40 *annor.*

a) C. C. Dabelow ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1801. — A. S. Kori System des Concursprozesses, Leipz. 1808, 2. Aufl. 1828. — A. Schweppe System des Concurses der Gläubiger. Kiel 1812. Neueste Ausg. 1829. — D. XLII. 3 — 8. — C. VII. 71. 72. 75. — Nov. 135.

Digitized by Google

wenn er schon im Kerker war, daraus befreyt wird b). Haben die Gläubiger ihre vollkommene Befriedigung nicht erhalten, und der Schuldner erwarb später wieder Vermögen von einiger Bedeutung, so kann er neuerdings belangt werden, doch muß ihm der nothwendige Unterhalt (§. 647.) gelassen werden c). Hat der Schuldner seine Güter nicht abgetreten, so werden die Gläubiger auf ihr Andringen, oder auf das Andringen wenigstens eines derselben in sämmtliche Güter des Verschuldeten eingewiesen, welche Einweisung in Folge des ersten Decretes die Inhabung und das Pfandrecht bewirkt; nach dem zweyten Decrete entsteht aber der wirkliche Besitz und die Befugniß, die Güter zu veräußern d).

§. 267.

Von dem Moratorium.

Will der Schuldner seine Güter nicht abtreten, und zugleich die Einweisung der Gläubiger in sein Vermögen vermeiden, so kann er entweder von den Gläubigern selbst, oder vom Landesfürsten ein *moratorium* verlangen, d. h. begehren, daß binnen einer gewissen Zeit von ihm die Zahlung nicht gefordert werde. Im ersten Falle überwiegt die Meinung derjenigen, deren Forderung größer ist, wenn auch vielleicht die Anderen, an Anzahl überlegen, widersprechen sollten. Ist aber auf jeder Seite eine gleiche Quantität der Forderung, so überwiegt die Mehrzahl der für eine Meinung stimmenden Personen. Ist endlich auch von Seite der Personenzahl keine Mehrheit vorhanden, so werden die Stimmen derjenigen vorgezogen, welche das *moratorium* zugestehen a). Der Landesfürst ertheilt es auf 5 Jahre,

b) c. 1. C. VII. 71. *qui bonis cedere poss.*
c) fr. 4. pr. fr. 6. 7. D. XLII. 3. *de cessione bonor.*
d) fr. 12. pr. D. XLII. 5. *de rebus auct. jud. poss.*
a) c. 8. C. VII. 71. *qui bonis.*

Digitized by Google

wenn eine taugliche Bürgschaft für sichere Zahlung nach dem Verlaufe derselben geleistet wird b).

§. 268.

Von der Paulianischen Klage und dem interdictum fraudatorium.

Nach unserem Rechte geht durch die bloße *missio in bona* (vergl. den folgenden §. insbesondere vor f.) das Recht des Schuldners, über sein Vermögen zu verfügen, nicht verloren a); veräußert er daher etwas betrügerischer Weise zum Nachtheile der Gläubiger entweder vor oder nach der *missio*, so kann diese Veräußerung nur mittelst der *actio Pauliana* oder des *interdictum fraudatorium* bestritten werden. Die Paulianische Klage steht daher den Gläubigern oder deren Erben b) gegen den Empfänger zu, nicht aber gegen einen dritten Besitzer der veräußerten Sache c), auch nicht gegen die Erben des Empfängers, außer sie haben noch einen Vortheil davon in Händen d). Damit diese Klage Statt habe, wird Folgendes erfordert: 1) daß den Gläubigern durch die Veräußerung ein Schade zugefügt wurde e); 2) daß der Schuldner die Absicht hatte, dieselben zu betrügen f), welche Absicht bey der Schenkung des gesammten Vermögens vermuthet wird g); 3) endlich daß der Empfänger an dem Betruge Theil nahm h); ist aber die Sache aus einem lucrativen Titel

---

b) c. 4. C. I. 19. *de precibus imperat. offerend.*

a) fr. 6. §. 7. fr. 9. fr. 10. §. 16. D. XLII. 8. *quae in fraud. cred.*

b) Niemahls aber dem Schuldner selbst oder dessen Erben, §. 6. J. IV. 6. *de action.* — fr. 10. §. 25. D. XLII. 8. *quae in fraudem.* — c. 4. C. VII. 75. *de revocandis his.*

c) fr. 9. fr. 10. §. 25. D. XLII. 8. *quae in fraud. credit.*

d) fr. 11. D. XLII. 8. *eod.*

e) fr. 10. §. 1 fr. 15. fr. 16. D. *eod.* Wenn aber vor der Immission eine fällige Schuld bezahlt wurde, hat die actio Pauliana nicht Statt, fr. 6. §. 6. D. XLVII. 8. *quae in fraud. credit.* Vergl. Francke im Arch. f. C. Pr. XVI. 1. S. 125., und XVI. 2. S. 251.

f) fr. 1. pr. fr. 10. pr. D. *eod.*

g) fr. 17. §. 1. D. *eod.*

h) fr. 1. pr. fr. 6. §. 8. fr. 10. pr. §. 5. D. *eod.* — c. 5. C. VII. 75.

Digitized by Google

übertragen worden, so ist es gleichgültig, ob der Empfänger betrügerisch handelte oder nicht i). Der Fiscus hat das besondere Recht, daß er jede ihm schädliche Veräußerung bestreiten kann, wenn auch weder der Schuldner, welcher gab, noch der Gläubiger, welcher annahm, betrügerisch handelten k). Allein die Unterlassung einer Erwerbung, wie wenn Jemand z. B. eine Erbschaft oder ein Legat ausschlug l), die Falcidische oder Trebellianische Quart nicht abzog m), kann nicht einmahl vom Fiscus bestritten werden n). Der Zweck der Klage ist, daß die Sache mit allem Zugehör so zurückgestellt werde, als wenn das Geschäft gar nicht abgeschlossen worden wäre o). Ist der Belangte im bösen Glauben, so ist die Sache nicht nur mit allen percipirten, sondern auch mit den zu percipirenden Früchten zurückzustellen, oder wenn dieses nicht mehr geschehen kann, so ist das Interesse zu leisten p); war er aber im guten Glauben, so sind nur die hängenden, und die nach der Einlassung in den Prozeß percipirten Früchte zurückzustellen, oder ist die Sache schon an einen Dritten übertragen worden, dasjenige, um was der Belangte dadurch reicher wurde q). Zinsen werden nicht ersetzt, außer bey Erlassung einer Schuld, von welcher Zinsen mittelst

---

de revocandis his. Doch die bloße Kenntniß, daß der Schuldner zahlungsunfähig sey, wird weder von Seite des Empfängers, noch von Seite des Gebers für einen Betrug gehalten, fr. 6. §. 7. fr. 10. §. 2. 4. D. XLII. 8. — Haben aber die Gläubiger eine Erinnerung erlassen, es möchte Niemand etwas vom Schuldner kaufen; so hat die Paulianische Klage Statt, fr. 10. §. 3. D. *eod.*

i) fr. 6. §. 11. fr. 17. §. 1. D. XLII. 8. *quae in fraud.* — c. 5. C. VII. 75. *de revocand. his.*

k) fr. 18. §. 10. fr. 21. D. XLIX. 14. *de jure fisci.*

l) fr. 6. pr. — §. 5. D. XLII. 8.

m) fr. 19. 20. D. *eod.*

n) Nicht entgegen ist das fr. 45. pr. D. XLIX. 14. *de jure fisci.*, denn dieses handelt nur von demjenigen, der eines Verbrechens schuldig ist.

o) fr. 10. §. 22. D. XLII. 8.

p) fr. 10. §. 20. D. *eod.*

q) fr. 6. §. 11. fr. 25. §. 4. D. *eod.*

Digitized by Google

Stipulation bedungen waren r). Auch ist der Belangte nicht verpflichtet, die Sache zurückzustellen, wenn er nicht die nothwendigen, auf dieselbe gemachten Auslagen, oder andere, die nach dem Willen der Bürgen oder Gläubiger gemacht wurden, ersetzt erhält s). Die Erstattung des Preises, den der unredliche Besitzer für die Sache bezahlte, kann er nur dann verlangen, wenn das gegebene Geld sich noch bey dem Schuldner befindet t). Nach dem älteren Rechte dauerte diese Klage ein Jahr u), nach dem neueren dauert sie 4 v), ja in so fern der Belangte aus dem Geschäfte reicher ist, 30 Jahre x) von dem Augenblicke, wo die Fähigkeit zu klagen vorhanden ist, also von dem Zeitpuncte an, als der Stand des Vermögens des Schuldners erforscht und erwiesen ist, daß die Gläubiger durch die Veräußerung einen Schaden erlitten. Auch gegen den Schuldner hat diese Klage aushilfsweise Statt, damit er den Schaden ersetze, sobald er mehr erwarb, als er zum Unterhalte bedarf y). Das *interdictum fraudatorium* unterscheidet sich wahrscheinlich von der *actio Pauliana* in der Art, wie sich überhaupt die Interdicte von den Klagen unterscheiden z).

§. 269.

Von der Curatel über das Vermögen eines Verschuldeten.

Damit das Vermögen des Schuldners nach der Güterabtretung oder Einweisung nicht zu Grunde gehe, oder sich verringere, wird gewöhnlich unter obrigkeitlicher Autorität ein Vermögensverwalter *(curator bonorum)* bestellt a), und zwar

r) fr. 10. §. 22. D. *eod.*
s) fr. 10. §. 20. D. *eod.*
t) fr. 7. fr. 8. D. *eod.*
u) fr. 6. §. 14. fr. 10. §. 18. D. *eod.*
v) c. ult. C. II. 53. *de temp. in integr. restit.*
x) fr. 10. §. 24. D. XLII. 8.
y) c. 6. C. VII. 75. *de revocandis his.* — fr. 1. pr. fr. 25. §. 7. D. *eod.*
z) fr. 67. §. 1. 2. D. XXXVI. 1. *ad SCtum Trebell.* — fr. 96. pr. D. XLVI. 3. *de solut.*
a) D. XLII. 7. *de curatore bonis dando.*

Digitized by Google

derjenige, den die größere Anzahl der Gläubiger, oder bey einem Widerstreite der Meinungen der Magistrat erwählt b). Die Pflicht des Curators ist, ein Inventar zu machen c), Bürgschaft zu leisten d), das Vermögen zu erhalten und zu vermehren, und wenn er dazu die Vollmacht hat, auch öffentlich zu veräußern e). Alle vom Curator in seinem Wirkungskreise unternommenen Geschäfte haben Gültigkeit, und ihm und gegen ihn stehen *utiliter* die Klagen zu f). Er muß aber den Gläubigern Rechnung legen g), nicht nur für jeden Betrug, sondern auch für eine in den eigenen Angelegenheiten nicht vorkommende Nachlässigkeit haften h), ja er ist sogar dem Schuldner, wenn er dessen Vermögen nicht gehörig verwaltete, für jeden Betrug und für ein grobes Verschulden verantwortlich i). Wurden mehrere Vermögensverwalter bestellt, so können sie *in solidum* klagen und belangt werden; erhielten sie aber bestimmte Antheile der Verwaltung, so sind sie auch nur für diese verantwortlich k).

§. 270.

Ordnung, nach welcher die Gläubiger befriedigt werden.

Vor Allem müssen die fremden Sachen, die sich bey dem Vermögen des Schuldners befinden, von demselben getrennt werden, indem die Eigenthümer das Recht haben, sie zu vindiciren *(jus separationis* oder *excussionis ordinarium)* a). Dann befindet sich zuweilen bey dem Verschuldeten ein doppeltes Ver-

b) fr. 2. D. *eod.*
c) fr. 15. pr. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.*
d) c. 3. C. VIII. 51. *de postlim. revers.*
e) fr. 2. pr. fr. 5. D. XLII. 7. *de curat. bonis dand.*
f) fr. 2. §. 1. D. *eod.* Daraus folgt, daß der Schuldner, wenn einmahl ein Curator bestellt wurde, über seine Sachen nicht mehr schalten dürfe, und daher eine von ihm gemachte Veräußerung ungültig sey.
g) c. 1. C. III. 21. *ubi de ratiocin.*
h) arg. fr. 1. §. 22. D. XXXVII. 9. *de ventr. in poss. mitt.*
i) fr. 9. §. 3. et 5. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.*
k) fr. 2. §. 2. D. XLII. 7. *de curat. bonis dando.*
a) fr. 24. §. 2. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.*

Digitized by Google

mögen, welches zu trennen ist; so begehren mit Recht die Gläubiger des Verstorbenen von dem zahlungsunfähigen Erben, daß das Vermögen des Erblassers von dem Vermögen des Erben zu dem Zwecke getrennt werde, damit sie zuerst aus jenem ihre Befriedigung erhalten, welches Rechtsmittel (*beneficium separationis extraordinarium*, *remedium indemnitatis*) b) der Prätor zu dem Ende einführte, damit die Lage der Gläubiger, welche bloß auf die Treue des Verstorbenen bauten, nicht schlechter werde c). Im Gegentheile können aber die Gläubiger des Erben keine solche Trennung verlangen, denn es ist Jedem erlaubt, durch Eingehung einer neuen Schuld die Lage der früheren Gläubiger zu verschlimmern d). Die Trennung ist von der Obrigkeit binnen 5 Jahren von der Zeit der angetretenen Erbschaft zu begehren e). Diese Rechtswohlthat hört also auf: 1) nach Verlauf von 5 Jahren; 2) wenn die Erbschaft von dem Erben redlich veräußert wurde f); 3) wenn die Güter des Verstorbenen mit dem Vermögen des Erben so vermischt sind, daß sie nicht wohl getrennt werden können g); 4) wenn die Gläubiger den Erben als ihren Schuldner anerkannten; aus dem allein aber, daß sie eine Klage gegen ihn anstrengten, folgt noch nicht, daß sie ihn als Schuldner anerkannten h), jedoch ist auch nicht gerade ein Neuerungsvertrag nothwendig i).

Nach dem Beyspiele der Erbschaftsgläubiger ist noch anderen Personen die Befugniß eingeräumt, zu begehren, daß ein

---

b) D. XLII. 6. *de separat.* Vergl. Svangenberg über das Separationsrecht ex jure crediti bey Concursen im Archiv für Civ. Prax. X. 3. S. 404., ferner Fritz über die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben im Arch. für Civ. Pr. XII. 2. S. 226.
c) fr. 1. §. 1. D. *eod.*
d) fr. 1. §. 2. D. *eod.* Vergl. jedoch fr. 1. §. 5. 6. D. *eod.*
e) fr. 1. §. 13. D. *eod.*
f) fr. 2. D. *eod.*
g) fr. 1. §. 12. D. *eod.*
h) fr. 7. D. *eod.* — c. 2. C. VII. 72. *de bonis auct. jud.*
i) fr. 1. §. 10. 11. 15. D. XLII. 6. *de separat.*

Digitized by Google

gewisser Theil des Vermögens des Schuldners zu ihrer Befriedigung abgesondert werde, wenn sie bloß in Beziehung auf diesen Theil dem Schuldner creditirten (*beneficium separationis analogicae* oder *quasi talis*), welches nach dem Gesetze dann Statt hat: 1) wenn ein Kaufmann in verschiedenen Warenlagern sein Handlungsgeschäft führt k); 2) wenn Jemand mit einem Haussohne hinsichtlich des *peculium castrense* einen Vertrag einging l). Dann wird das Vermögen 1) unter die Pfandgläubiger nach der oben (§. 261—265.) angegebenen Ordnung vertheilt; 2) folgen die Chirographar-Gläubiger, welchen das *privilegium exigendi* zukömmt, d. h. das Recht zu begehren, daß ihnen vor den übrigen Chirographar-Gläubigern Genüge geleistet werde, welches Privilegium aber nie so groß ist, daß es den Vorrang vor einer Hypothek hätte m), wenn es auch wegen der Begräbnißkosten für den Verschuldeten oder diejenigen, die er auf seine Kosten hätte begraben lassen sollen, Statt hat n).

---

k) fr. 5. §. 15. et 16. D. XIV. 4. *de tribut. act.*

l) fr. 7. D. XLIX. 17. *de castrensi pecul.* — fr. 1. §. 9. D. XLII. 6. *de separ.* Von dieser schwierigen Stelle (fr. 1. §. 9.) versuchte Fritz im Arch. f. Civ. Pr. XII. 3. S. 328—353. eine neue Interpretation.

m) fr. 74. D. XXIII. 3. *de jure dot.* — c. 6. C. VII. 72. *de bonis auct. jud.* — c. 9. C. VIII. 18. *qui potior. in pign.*

n) Nicht entgegen sind: fr. 14. §. 1. fr. 26. fr. 45. D. XI. 7. *de religios.* — c. 22. §. 9. C. VI. 30. *de jure delib.* Vergl. *Noodt* ad Pandect. Lugd. Batav. 1724, XI 7. S. 268 und 269. — Anderer Meinung ist Glück XI. S. 429—433, er beruft sich vorzüglich auf das citirte fr. 14. §. 1. „Si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri.“ Doch wahrscheinlicher ist uns die Meinung Noodts, welcher sagt: „Nisi speciale jus est in invectis et illatis, in quibus, cum ad funus venitur, non videtur hypotheca esse, quamdiu nil ex his pignoris jure praeclusum est; adeo colono vel inquilino mortuo, si non sit, unde funeretur, ex invectis et illatis eum funerari, et quod superfluum remanserit, hoc pro debito teneri, ne miremur, nam et alienare, quae velit, ex invectis et illatis potest, antequam a domino praedii pignoris jure praeclusa sint, quia ante non intelligitur, quid ex his pignoris jure teneatur.“ Vergl. §. 247. I. am Ende.

Digitized by Google

Dieſes Privilegium klebt entweder nur gewiſſen Perſonen (*privilegium personae*), oder einer Obligation ſo an, daß das Privilegium auf Alle, an welche die Obligation kommt, übergeht (*privilegium causae*). Letzteres hat Statt: α) in Beziehung auf die Leichenkoſten des verſtorbenen Schuldners oder derjenigen, welche der Schuldner begraben zu laſſen verpflichtet war, in ſo fern ſie mit der *actio funeraria* (§. 585.) zurückgefordert werden können o); β) in Beziehung auf ein zur Wiederherſtellung eines Gebäudes gegebenen Gelddarlehns p); γ) hinſichtlich eines Darlehns zur Erbauung, zur Ankaufung oder Ausrüſtung eines Schiffes, oder zur Bezahlung desjenigen, was Jemand wegen eines gekauften Schiffes ſchuldig iſt q); δ) wegen der Gelder, die ohne Zinſen bey einem Wechsler hinterlegt r), oder ε) womit privilegirten Gläubigern Befriedigung geleiſtet wurde s). Die übrigen ſind Perſonalprivilegien, und hieher gehören ζ) der Fiscus in Beziehung auf Forderungen, welche weder durch ein Pfandrecht geſchützt ſind t), noch aus einem Vergehen entſpringen, denn hinſichtlich der Geldſtrafen hat er kein Privilegium u); η) eine *res publica* v); ϑ) die Schein- und

o) fr. 17. pr. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.*

p) fr. 25. D. XII. 1. *de reb. cred.* — fr. 24. §. 1. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.* — fr. 1. D. XLII. 3. *de cessione bonor.* Iſt das Gebäude wirklich aufgeführt worden, ſo hat der Darlehnsgeber daran ein Pfandrecht, §. 247. III.

q) fr. 26. fr. 34. D. XLII. 5. *de rebus auct. jud. poss.*

r) fr. 7. §. 2. 3. fr. 8. D. XVI. 3. *deposit.* Iſt das Geld noch vorhanden, ſo kann es vindicirt werden, fr. 24. §. 2. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.*

s) fr. 24. §. 3. D. XLII. 5. *eod.*

t) fr. 10. pr. D. II. 14. *de pactis.* — fr. 34. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.* — fr. 6. pr. §. 1. D. XLIX. 14. *de jure fisci.*

u) Mehrere ſetzen den Fiscus in Beziehung auf Geldſtrafen, die ſich auf keinen Vertrag gründen, allen Gläubigern nach, und zwar wegen fr. 17. D. XLIX. 14. *de jure fisci* und c. un. C. X. 7. *poenis fiscal.*, allein man leſe das fr. 37. D. XLIX. 14. *de jure fisci.* „Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat.“

v) fr. 38. §. 1. D. XLII. 5. *de rebus auct. jud. poss.*

Digitized by Google

nicht rechtgläubige Gattinn, so wie die Braut hinsichtlich des Heirathsgutes x); *l)* diejenigen, denen die Tutoren, Curatoren und Andere, welche aus Freundschaft die Geschäfte eines Unmündigen besorgten, aus der Geschäftsverwaltung verpflichtet sind y), mit Ausnahme der Curatoren eines Abwesenden, eines zahlungsunfähigen Schuldners und einer liegenden Erbschaft z), mit Ausnahme ferner der Magistrate, die wegen einer Vormundschaft verantwortlich sind aa), gegen welche Alle das Privilegium nicht Statt hat. Haben die privilegirten Gläubiger später ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Schuldners erhalten; so bedürfen sie freylich dieses Privilegiums nicht mehr, es kann aber denjenigen nützen, welche bloß ein besonderes Pfandrecht haben bb). Unter diesen privilegirten Gläubigern hat folgende Ordnung Statt: Zuerst kommen die Gläubiger, welche das Begräbniß des Schuldners oder derjenigen bestritten, die der Schuldner auf seine Kosten hätte begraben lassen sollen cc), dann folgen 2) die *respublica*, 3) der Fiscus, und die, 4) welche zur Erbauung eines Schiffes ein Darlehn gaben dd). Hinsichtlich derjenigen, welche bey Wechslern Geld ohne Zinsen hinterlegten, ist nach Neustetel dieser Unterschied zu bemerken, daß der Hinterleger selbst unter den Privilegirten den letzten Platz einnimmt, während im Gegentheile derjenige, der ein bey sich hinterlegtes Geld neuerdings bey Wechslern deponirte, allen übrigen Gläubigern mit Ausnahme desjenigen,

---

x) fr. 74. D. XXIII. 3. *de jure dot.* — fr. 17. §. 1. fr. 18. fr. 19. pr. D. XLII. 5. *de rebus auct. jud. poss.* — c. un. C. VII. 74.

y) fr. 44. §. 1. D. XXVI. 7. *de administ. et peric. tut.* — fr. 19. 20. 21. 23. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.*

z) fr. 22. §. 1. D. XLII. 5. *eod.*

aa) fr. 1. §. 14. D. XXVII. 8. *de magistr. conveniend.*

bb) v. Wening II. 3. §. 36. am Ende, ferner den §. 37., denn diese beyden Paragraphen berücksichtigten wir bey Auseinandersetzung des Privilegiums exigendi am vorzüglichsten.

cc) Vergl. die unter n citirten Stellen.

dd) fr. 34. fr. 38. D. XLII. 5. *de rebus auct. jud. poss.*

Digitized by Google

der die Begräbnißkosten bestritt, vorgezogen wird ee). Ferner tritt der, mit dessen Gelde einem privilegirten Gläubiger Genüge geleistet wurde, an die Stelle des entlassenen Gläubigers ff). Alle übrigen bekommen ihre verhältnißmässige Befriedigung ohne Rücksicht auf das Alter der Schuld gg), und bleibt noch etwas von dem Vermögen des Schuldners übrig; so erhalten 3) die übrigen Chirographar-Gläubiger ebenfalls nach Verhältniß der Forderungen ihre Befriedigung.

VI. Hauptstück.

Von den Dienstbarkeiten a).

Erster Titel.

Von den Dienstbarkeiten im Allgemeinen, ihrer Eintheilung und von den allgemeinen Grundsätzen über dieselben.

§. 271.

Begriff der Dienstbarkeit und deren Eintheilungen.

Eine Dienstbarkeit (*servitus*) ist das Recht an einer fremden Sache b), zufolge dessen der Eigenthümer zum Vortheile

ee) So suchte Neustetel die fr. 7. §. 2. 3. fr. 8. D. XLI. 3. *depositi.* und fr. 24. §. 2. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud.* in seinen und Zimmerns Röm. recht. Untersuch. N. 2. S. 27. zu vereinigen, wo auch die Meinungen Anderer auseinander gesetzt werden. Allein Emmerich hat in der Zeitschr. für C. u. Pr. V. 1. Seite 55. mit ziemlicher Gewißheit dargethan, daß das in jenen Fragmenten vorkommende Wort depositariorum so viel als Hinterleger bedeutet. Man muß also gestehn, daß alle Vereinigungsversuche nur größere oder geringere Wahrscheinlichkeit darbiethen, und bis jetzt der Widerspruch zwischen jenen Fragmenten nicht über allen Zweifel erhoben ist.

ff) fr. 2. D. XLII. 3. *de cessione bonor.*

gg) fr. 32. D. XLII. 5. *de reb. auct. jud. poss.*

a) J. II. tit. 3—6. — D. lib. VII. et VIII. — C. III. tit. 33 et 34. — *E. Ch. Westphal* interpret. jur. civ. de libertate et servitutibus praediorum, artis ordine digestae. Lips. 1773. — *H. C. Stever* de serv. praed. Rost. 1817. Auch Mich. Schuster nimmt in seinem trefflichen Werke: über Baurecht, Verbiethungsrecht, den Gebrauch und den Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten, Prag 1819, sehr oft auf das Röm. Recht Rücksicht.

b) Einige lassen in der Begriffsbestimmung das Wort fremd als

einer gewissen Person oder Sache c) etwas zu leiden oder zu unterlassen verpflichtet ist, was er sonst vermöge seines Eigenthumsrechtes zu leiden oder zu unterlassen nicht verpflichtet gewesen wäre. Man bedient sich auch des Ausdruckes Dienstbarkeit, um die Last zu bezeichnen, welche jenem Rechte entspricht d), und in diesem Sinne werden die Servituten in bejahende (*affirmativae*) und verneinende (*negativae*) eingetheilt, je nachdem die Last im Leiden oder im Unterlassen besteht. Sind sie mit einer Sache so verbunden, daß sie von allen ihren Besitzern ausgeübt werden können, so heißen sie dingliche Dienstbarkeiten (*servitutes rerum, praediorum*); sind sie aber nur zum Vortheile einer gewissen Person bestellt, so daß sie mit dem Tode dieser Person aufhören, so nennt man sie persönliche Dienstbarkeiten (*servitutes personarum*) e). Letztere können nie zu Gunsten einer Sache gegeben, allerdings können aber die dinglichen Dienstbarkeiten bloß persönlich bestellt werden f). Endlich heißen sie ununterbrochene (*continuae servitutes*), wenn sie durch immerwährenden Besitz g), oder zu jeder Zeit ausgeübt werden h); im entgegengesetzten Falle werden sie unterbrochene Dienstbarkeiten (*discontinuae*) genannt.

---

eine Tautologie enthaltend aus, da die eigene Sache ohnehin Niemanden dient (§. 272. Not. III.) So Zimmern in den Röm. rechtlichen Untersuch. Heidelberg 1821, N. 5.

c) Auf diese Weise unterscheidet sich vorzüglich die Dienstbarkeit vom Erbpachte und vom Bodenrechte, v. Wening I. 2. §. 66. Diese Definition wird wohl von Buchholtz in s. Versuchen I. S. 161. verworfen, indem er behauptet, es lasse sich keine vollständige Begriffsbestimmung der Servituten geben; allein man s. dagegen dessen Recensenten in Schuncks Jahrb. XVII. 1. S. 12.

d) fr. 15. §. 1. D. VIII. 1. *de servit.*

e) Jene werden von den Neueren servitutes reales oder praediales, diese personales genannt.

f) fr. 4. fr. 37. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* — fr. 1. §. 12. D. XLIII. 20. *de aqua quot. et aestiv.* — fr. 14. §. 3. D. XXXIV. 1. *de alim. et cib. leg.* Eine gute Erklärung dieses fr. 14. §. 3. von Mühlenbruch findet man im Arch. f. C. Pr. XV. 3. S. 392.

g) fr. 14. pr. D. VIII. 1. *de servit.*

h) fr. 7. D. VIII. 6. *quemad. servit. amitt.* — fr. 2. fr. 5. D. XLIII. 20. *de aqua quot. et aestiv.*

Digitized by Google

§. 272.

Allgemeine Grundsätze über die Servituten.

I. Jede Sache wird so lange für frey gehalten, bis das Gegentheil erwiesen ist a). Zuweilen muß aber doch der Eigenthümer nach dem Gesetze zum Vortheile eines Andern etwas leiden oder unterlassen, oder es kann aus der Beschaffenheit oder Lage eines Gutes geschehen, daß eine Sache der andern gleichsam zu dienen scheint, und in diesen Fällen sagt man, obwohl uneigentlich, es seyen gesetzliche oder natürliche Servituten vorhanden (§. 197.). II. Bey allen Servituten dient nur die Sache, nicht eine Person; daher kann diese nicht verpflichtet seyn, zu Gunsten des Berechtigten eine Handlung zu unternehmen (*servitus in faciendo consistere nequit*) b). III. Eine Jemanden eigenthümliche c), oder mit Mehreren gemeinschaftliche Sache d) kann hinsichtlich der Eigenthümer eben so wenig im Dienstbarkeitsverhältnisse seyn, als von einer Servitut nicht wieder eine Servitut bestellt werden kann e). IV. Keine Dienstbarkeit hat Rechtskraft, wenn sie nicht demjenigen, zu dessen Gunsten sie

a) c. 9. C. III. 34. *de servit.* — fr. 13. §. 1. D. VIII. 4. *comm. praed.* Es ist wohl wahr, daß mehrere der hier angeführten Grundsätze, insbesondere die unter I. II. III. IV. entweder allen dinglichen Rechten an einer fremden Sache, oder mehreren derselben gemeinsam sind (Buchholtz in s. Vers. I. S. 163); allein da sie in den Quellen selbst vorzüglich bey den Dienstbarkeiten hervorgehoben wurden, und zur genaueren Erkenntniß der Natur der einzelnen Dienstbarkeiten beytragen; so können sie allerdings hier ihren Platz behaupten.

b) fr. 15. §. 1. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 81. §. 1. D. XVIII. 1. *de contr. emt.* — Thibaut Versuche I. 2. S. 31. — C. L. Goldschmidt im Arch. für Civ. Prax. I. 3. S. 386. — C. J. Guyet in s. Abhandl. aus dem Gebiethe des Civil-Rechts. Heidelberg 1829, N. I.

c) fr. 5. pr. D. VII. 6. *si ususfr. pet.* — fr. 33. §. 1. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.*

d) fr. 26. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* Eine Ausnahme in Beziehung auf den Nießbrauch enthält das fr. 10. D. VII. 9. *usufr. quemad. caveat.*

e) fr. 1. D. XXXIII. 2. *de usufr. legat.*

Digitized by Google

bestellt wurde, einen Nutzen oder eine Annehmlichkeit verschafft f). V. Die Dienstbarkeiten sind mit Ausnahme des Nießbrauchs g) untheilbar h), so daß sie weder theilweise ausgeübt i), noch erworben k), noch verloren werden können l). VI. Sie sind mit Mäßigung (*civiliter*) auszuüben, so daß sich die Ausübung innerhalb der Gränzen halte, welche ein Gesetz, ein Vertrag oder die Natur der Sache steckte, und daß der dienenden Sache so wenig, als möglich, geschadet werde m); im Gegentheile darf auch der Eigenthümer des dienenden Gutes nichts unternehmen, wodurch die Ausübung der Dienstbarkeit gehindert würde n), ja er muß alles gestatten, ohne welches dieselbe nicht benützt werden könnte o). VII. Endlich kann der Eigenthümer der dienenden Sache mit dem Servitutsberechtigten, in so weit es thunlich ist, in der Ausübung des nähmlichen Rechtes concurriren p).

Zweyter Titel.

Von den dinglichen Dienstbarkeiten.

§. 273.

Allgemeine Grundsätze über die dinglichen Dienstbarkeiten.

I. Die dinglichen Dienstbarkeiten setzen zwey Güter vor-

f) fr. 15. pr. D. VIII. 1. *de serv.*

g) fr. 5. D. VII. 1. *de usufr. et quemad.* — fr. 25. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. amitt.* — fr. 19. D. VII. 8. *de usu et habit.* — fr. 1. §. 9. D. XXXV. 2. *ad leg. Falcid.*

h) fr. 11. fr. 17. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 6. §. 1. D. VIII. 4. *comm. praed.* — fr. 7. D. XXXV. 2. *ad leg. Falcid.*

i) fr. 4. §. 3. 4. fr. 6. §. 4. D. VIII. 5. *si serv. vind.*

k) fr. 11. fr. 17. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 6. §. 1. D. VIII. 4. *comm. praed.*

l) fr. 18. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* — fr. 8. §. 1. D. VIII. 6. *quemadm. servit. amitt.*

m) fr. 4. fr. 9. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 20. §. 1. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.* — fr. 13. §. 1. in fin. D. VIII. 4. *comm. praed.* — fr. 4. §. 1. fr. 5. §. 1. D. XLIII. 19. *de itin. actuque priv.*

n) fr. 13. §. 1. fr. 14. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.*

o) fr. 10. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 3. §. 3. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.* — fr. 11. D. VIII. 4. *comm. praed.* — fr. 3. §. 16. fr. 4. pr. D. XLIII. 19. *de itinere actuque.*

p) fr. 2. D. XLIII. 21. *de rivis.* — fr. 80. D. L. 17. *de reg. jur.*

Digitized by Google

aus, eines, dem die Dienstbarkeit gebührt, und das andere, worauf die Last haftet; dieses wird das dienende *(serviens praedium)*, jenes das herrschende Gut *(dominans)* genannt. II. Diese Dienstbarkeiten können nicht nur zum Nutzen, sondern auch zur Annehmlichkeit gereichen a); sollte aber der Nutzen oder die Annehmlichkeit bloß auf den gegenwärtigen Besitzer berechnet, und nicht allgemein seyn, so ist dieß für keine Dienstbarkeit zu halten b). Daraus folgt zugleich, daß die Grundstücke benachbart seyn müssen, indem sonst das eine dem andern nicht dienen könnte c). III. Sie sind mit dem Gute auf unzertrennbare Weise verbunden, so daß sie allein weder veräußert, noch verpachtet oder verpfändet werden können d). IV. Es ist nicht erlaubt, dieselben über die Nothdurft des herrschenden Gutes auszudehnen e), oder auf ein anderes Gut zu übertragen f). V. Das dienende Gut muß so beschaffen seyn, daß es einen beständigen Vortheil gewähren kann g), ohne daß es einer Handlung von Seite des Eigenthümers des dienenden Gutes bedürfte h).

§. 274.

Eintheilung der Servituten in Stadt- oder Landdienstbarkeiten.

Die dinglichen Servituten sind entweder Stadt- oder Land-

a) fr. 1. §. 11. fr. 3. pr. D. XLIII. 20. *de aqua quot.*

b) fr. 8. pr. D. VIII. 1. *de servit.*

c) fr. 5. §. 1. fr. 7. §. 1. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* — fr. 38. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.*

d) fr. 23. §. 2. fr. 36. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* — fr. 12. D. VIII. 4. *comm. praed. urb.* — fr. 44. D. XIX. 2. *locati conducti.* — fr. 20. §. 1. D. XLI. 1. *de adquir. rer. domin.* Vergl. doch §. 238. am Ende.

e) fr. 5. §. 1. fr. 24. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* — Das fr. 1. §. 16. D. XLIII. 20. *de aqua quot.* ist rein historisch.

f) fr. 24. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.* — fr. 44. D. XIX. 2. *locati conducti.*

g) Dieser Grundsatz wird nur bey den Servituten des Wasserschöpfens und der Wasserleitung in einem milderen Sinne genommen, so daß nach dem neueren Rechte diese Servituten auch in Beziehung auf einen See oder Teich Statt haben können, fr. 9. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.* — fr. 2. D. VIII. 4. *comm. serv.*

h) fr. 28. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.* — fr. 1. §. 5. D. XLIII. 20. *de aqua quot.* — fr. 1. §. 4. D. XLIII. 22. *de fonte.*

Digitized by Google

dienſtbarkeiten (*servitutes praediorum urbanorum vel rusticorum*) a). Unter dem Ausdrucke *praedium urbanum* begreift man hier was immer für ein Gebäude, und unter *praedium rusticum* einen leeren Platz b), wobey zu bemerken iſt, daß einige Servituten in den Geſetzen deßhalb Landſervituten heißen, weil ſie gewöhnlich zu einem *praedium rusticum* gehören, ungeachtet nichts entgegenſteht, daß ſie auch Stadtdienſtbarkeiten ſeyen, wenn ſie nähmlich mit Gebäuden verbunden ſind c).

§. 275.

Beyſpiele von Stadtdienſtbarkeiten a): die servitus oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi und protegendi.

I. Die Servitut eine Laſt zu tragen (*servitus oneris ferendi*) iſt vorhanden, wenn die Wand, oder die Säule des Nachbars die Laſt unſeres Gebäudes tragen muß. Dieſe Dienſtbarkeit hat das Beſondere, daß jeder Eigenthümer des dienenden Gutes die Wand oder die Säule ausbeſſern laſſen muß, und zwar in der Art, wie es bey der Beſtellung der Servitut beſtimmt wurde b). Denn da es in dem Geſetze über die Gebäude heißt: die zum Lasttragen beſtimmte Wand ſoll ſo bleiben, wie ſie iſt (*paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit*); ſo folgt daraus klar, daß die Wand auf immerwährende Zeiten

a) fr. 1. fr. 3. D. VIII. 1. *de servit.*
b) §. 1. J. II. 3. *de servit.* — fr. 1. pr. D. VIII. 4. *comm. praed.*
c) fr. 14. D. VIII. 4. *comm. praed.* — fr. 2. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* vergl. mit fr. 2. pr. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.*
a) D. VIII. 2. *de servitutibus praediorum urbanorum.*
b) fr. 6. §. 2. D. VIII. 5. *si servit. vindic.* Mühlenbruch im Arch. für Civ. Pr. XIV. 3. S. 331—340. findet den Grund dieſer Abweichung von den übrigen Servituten darin, daß das allgemeine Recht der Nachbarn, von dem Eigenthümer der baufälligen Sache entweder Herſtellung derſelben, oder die cautio damni infecti zu verlangen — indem durch die Vernachläßigung des dienenden Gebäudes auch das herrſchende der Gefahr des Einſturzes ausgeſetzt wird — mit in das Servituten-Recht aufgenommen wurde.

Digitized by Google

stehen bleiben müsse c), und daß es dem Eigenthümer des dienenden Gutes nicht erlaubt sey, sie so zu vernachläßigen, daß sie zusammenstürze. Sollte er jedoch die Ausbesserung nicht übernehmen wollen, so kann er das dienende Grundstück verlassen d), und während der Reparatur muß der Servitutsberechtigte selbst die Unterstützung seines Gebäudes besorgen e). II. Die *servitus tigni immittendi* ist das Recht, einen Theil seines Gebäudes in des Nachbars Wand einzufügen. Diese Servitut unterscheidet sich von der ersteren darin, daß der Eigenthümer des dienenden Gutes zu keiner Ausbesserung verpflichtet ist f). III. Die *servitus projiciendi* besteht in dem Rechte, einen Theil unseres Gebäudes über den Luftraum des benachbarten Grundes hervorragen zu lassen, jedoch so, daß dieser Theil nirgends auf dem fremden Gute ruhe g). IV. Die *servitus protegendi* enthält das Recht in sich, über den Luftraum des Nachbars ein Wetterdach zu bauen h).

§. 276.

Die Servituten altius tollendi, non tollendi, luminum, ne luminibus officiatur, prospectus, ne prospectui officiatur, fenestrae.

V. Die Dienstbarkeit höher zu bauen (*servitus altius tollendi*) besteht in dem Rechte, sein Haus höher zu bauen, als es vermöge der zum Vortheile der Nachbarn erlassenen Gesetze a),

c) fr. 33. D. *h. t.*
d) fr. 6. §. 2. in fin. D. VIII. 5. *si servitus vind.*
e) fr. 8. pr. D. VIII. 5. *eod.*
f) fr. 8. §. 1. 2. D. *eod.* — fr. 242. §. 1. D. L. 16. *de verb. sign.*
g) fr. 2. D. VIII. 2. *h. t.* — fr. 242. §. 1. D. L. 16. *de verb. sign.*
h) fr. 2. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.* — fr. 29. §. 1. D. IX. 2. *ad leg. Aquil.*
a) c. 1. c. 11. c. 12. (non glossata) §. 4. C. VIII. 10. *de aedif. priv.* Nicht entgegen sind weder fr. 9. fr. 10. fr. 11. §. 1. fr. 24. in Verbind. mit fr. 25. D. VIII. 2. *de servit. praed. urban.*, noch c. 8. C. III. 34. *de servit.* Vergl. Glück X. §. 669. S. 79—83. Man sehe auch Schuster im angef. Werke N. 8—17.

Digitized by Google

oder, wie von den Meiſten, aber wie es ſcheint, unrichtiger Weiſe, angenommen wird, zufolge der ſchon vorhandenen *servitus altius non tollendi* erlaubt wäre b). VI. Die Dienſtbarkeit nicht höher zu bauen (*servitus altius non tollendi*) hat im Gegentheile Statt, wenn der Nachbar zu unſerem Vortheile ſein Haus gegen die natürliche Freyheit nicht erhöhen kann c). VII. Die *servitus luminum* d) iſt das Recht, dem Eigenthümer des dienſtbaren Gutes zu verbiethen, daß er nichts an demſelben unternehme, wodurch das Licht unſeres Gebäudes gänzlich geſtört würde. VIII. Die Servitut aber *ne luminibus officiatur* beſteht in dem Rechte, dem Nachbar zu verbiethen, daß er auf ſeinem Grunde nichts mache, wodurch das Licht unſeres Gebäudes auch nur im mindeſten verringert werden könnte. Bey der *servitus luminum* genügt es alſo, um mit Marcell zu ſprechen e), wenn nur dem herrſchenden Gute nicht alles Licht entzogen, ſondern ſo viel gelaſſen wird, als die Einwohner zu den gewöhnlichen Tagesgeſchäften brauchen; bey der *servitus*

b) fr. 21. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* — fr. 20. pr. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* — fr. 4. §. 29. D. XLI. 3. *de usurp. et usucap.* Denn iſt eine bisherige Servitut aufgehoben, ſo iſt dadurch für die dienſtbare Sache die urſprüngliche Freyheit wieder erworben, nicht aber eine neue Servitut, daher iſt in fr. 21. D. VIII. 2. „jus esse, invito me, altius tollere aedificia tua“ das Wort jus nicht in der ſpeciellen Bedeutung für Servitut, ſondern in der allgemeinen für Recht zu nehmen, was durch fr. 4. §. 7. D. VIII. 5. *si serv. vind.* beſtätigt wird, wo auch der Ausdruck jus altius tollendi für das aus der natürlichen Freyheit des Eigenthums hervorgehende Recht des Höherbauens vorkommt. Schilling in der Kritik der Geſch. des Röm. Rechts von Hugo, S. 143—152.

c) fr. 2. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.* — §. 1. J. II. 3. *de serv.*

d) Am beſten ſetzte L. F. Grieſinger in ſeinem Buche: de servitute luminum et ne luminibus officiatur cum duplici appendice de servitute prospectus et fenestrae. Lips. 1819, die Sache aus einander und widerlegte die verſchiedenartigſten Meinungen, die man über dieſe Servitut hatte. Vergl. auch C. L. Goldſchmidt über jura und serv. lumin. im Arch. f. Civ. Prax. V. 3. S. 422. Die Stelle, welche ſo viele Schwierigkeiten darboth, iſt fr. 4. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.* — Man ſehe auch fr. 15. fr. 16. fr. 17. pr. D. *eod.* — fr. 30. D. VII. 1. *de usufructu.*

e) fr. 10. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.*

Digitized by Google

aber *ne luminibus officiatur* muß das Licht, so wie es ist, ungeschmälert bleiben f). IX. Die *servitus prospectus et ne prospectui officiatur* bewirken, daß wir dem Eigenthümer des dienenden Gutes verbiethen können, daß er unsere entweder im Allgemeinen bestellte, oder auf einen gewissen Gegenstand beschränkte Aussicht nicht im mindesten verkürze g). X. Die *servitus luminis immittendi* oder *fenestrae* ist das Recht, in einer fremden Wand ein Fenster anzubringen h).

§. 277.

Die Servituten stillicidii aut fluminis recipiendi et non recipiendi, fumi, cloacae, latrinae.

XI. Vermöge der *servitus stillicidii aut fluminis recipiendi* muß der Nachbar unser entweder tropfen- (*stillicidium*) oder stromweise (*flumen*) sich ergießendes Regenwasser auf seinen Grund fließen lassen a). XII. Die *servitus stillicidii vel fluminis non recipiendi* scheint einen doppelten Sinn zu haben, für's Erste, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes, das auf sein Grundstück abfließende Regenwasser dem Nachbar überlasse b), dann daß der Eigenthümer eines Gebäudes von dem ihm vermöge besonderer Statuten oder Local-Gewohnheiten zuständigen Rechte, seine Dachtraufe auf das benachbarte Grundstück zu leiten, keinen Gebrauch mache c). XIII. Die *servitus fumi* ist vorhanden, wenn es uns erlaubt ist, den Rauch

---

f) fr. 23. D. VIII. 2. *eod.*

g) §. 2. J. IV. 6. *de action.* — fr. 3. fr. 15. fr. 16. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.* Vergl. Grieſinger in dem angef. Werke S. 223—260.

h) c. 8. C. III. 34. *de servit.* in Verbindung mit fr. 40. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.* Grieſinger S. 263—278.

a) §. 1. J. II. 3. *de servit.* — fr. 2. fr. 17. §. 3. fr. 28. in fin. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.*

b) *Mühlenbruch* doctrina Pandect. II. §. 389. n. 3. — v. Wening I. 2. §. 84.

c) *Theophil.* paraphr. ad §. 1. J. II. 3. *de servit.* — Schilling S. 148.

Digitized by Google

von unserem Gute auf das benachbarte zu leiten d). XIV. Die *servitus cloacae*, wenn der Nachbar den Einfluß unsers Spühlwassers in seine Cloake leiden muß e). XV. Die *servitus latrinae* endlich, wenn wir auf dem benachbarten Grunde eine Düngergrube anlegen können f).

§. 278.

Beyspiele von Landservituten a): itineris, actus, viae.

I. Der Fußsteig *(servitus itineris)* ist das Recht zu gehen, zu reiten, und sich in einer Sänfte tragen zu lassen b). II. Der Viehtrieb (*servitus actus*) begreift in sich das Recht, über das benachbarte Grundstück Vieh zu treiben, zu fahren, und wenn nicht das Gegentheil bestimmt wurde, auch darüber zu gehen c). Gleich wie aber dieser Dienstbarkeit gewisse Gränzen gestellt werden können d), so kann sie sich bloß auf den Viehtrieb beschränken e), wo man dieselbe *actum minus plenum* zu nennen pflegt. III. Der Fahrweg (*servitus viae*) begreift die beyden früheren Servituten in sich f), und nicht minder das Recht, Balken oder Steine zu schleifen, und Stangen zu tragen g). Die Breite des Weges ist nach dem Gesetze in der geraden Linie 8, und in der Biegung 16 Fuß h); die Breite des

d) fr. 8. §. 5. 6. D. VIII. 5. *si servitus vindicetur.*
e) fr. 7. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 1. pr. §. 4. D. XLIII. 23. *de cloacis.*
f) fr. 17. §. 2. D. VIII. 5. *si serv. vind.*
a) D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.*
b) pr. J. II. 3. *de serv.* — fr. 1. pr. fr. 7. pr. fr. 12. D. *h. t.*
c) Man sehe die in der vorigen Note citirten Stellen und fr. 21. D. L. 17. *de reg. jur.* — fr. 4. §. 1. D. VIII. 5. *si servit. vind.*
d) fr. 4. §. 1. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 11. pr. D. VIII. 6. *quemad. servit. amitt.*
e) fr. 13. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 4. §. 1. D. VIII. 5. *si servit. vindic.* — *Vinnius* Comm. ad pr. J. *de servit.*
f) fr. 9. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 13. §. 1. in fin. D. XLVI. 4. *de acceptil.* — fr. 9. pr. D. VIII. 5. *si serv. vind.*
g) fr. 7. D. VIII. 3. *h. t.*
h) fr. 8. D. *h. t.* Man vergl. P. L. Kritz Exegetisch-practische Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts. Leipzig 1824, S. 5. und die folg.

Digitized by Google

Fußsteigs und des Viehtriebes wird aber entweder durch den Willen der Privaten oder durch den Richter bestimmt i). Ist bey Bestellung dieser Dienstbarkeiten der Ort nicht festgesetzt worden, wo zu gehen, zu fahren, oder das Vieh durchzutreiben sey, so hängt die Wahl von dem Servitutsberechtigten ab, wenn er nur in seinen Ansprüchen mäßig ist, und den erwählten Weg beybehält, da es ihm dann später nicht mehr erlaubt ist, denselben zu ändern k).

§. 279.

Die Servituten aquae ductus, aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, pascendi und andere.

IV. Das Recht der Wasserleitung (*servitus aquae ductus*) enthält die Befugniß, das Wasser durch einen fremden Grund entweder zu uns, oder von uns zu leiten a). Der Regel nach, wenn nichts anders bedungen wurde, kann das Wasser nur durch Röhren, nicht durch gepflasterte Canäle geleitet werden b). V. Die Dienstbarkeit des Wasserschöpfens (*aquae haustus*) ist vorhanden, wenn der Nachbar leiden muß, daß wir auf seinem Grunde Wasser schöpfen, und damit ist stets das Recht des Fußsteiges zur Quelle verbunden c). VI. Das Recht der Viehtränke (*s. pecoris ad aquam appulsus*) ist die Befugniß, das Vieh auf den benachbarten Grund zur Tränke zu führen d). VII. Das Weiderecht (*servitus pascendi*) ist das Recht, sein Vieh auf

---

i) fr. 13. §. 2. D. *h. t.* Krieß N. 2.

k) fr. 9. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 13. §. 1 et 3. D. VIII. 3. *h. t.* Vergl. aber fr. 26. D. *h. t.* Glück X. S. 164. — Unter den Neuern, die meistens auf den heutigen Gebrauch Rücksicht nahmen, schrieben über diese Servituten im Arch. f. Civ. Pr. III. 3. N. 20. Sommer, und Genßler im IV. B. 2. H. N. 20.

a) fr. 1. fr. 21. fr. 22. fr. 26. D. VIII. 3. *h. t.* — c. 12. C. III. 34. *de servit.*

b) fr. 17. §. 1. D. XXXIX. 3. *de aqu. pluv. arc. act.*

c) fr. 2. §. 1. fr. 3. §. 3. fr. 20. §. 3. D. *h. t.*

d) fr. 4. fr. 6. in fin. D. *h. t.* — fr. 1. §. 18. D. XLIII. 20. *de aqua quot. et aestiv.*

Digitized by Google

einen fremden Grund zur Weide zu führen e). Die verschiedenen Grundsätze, welche die Rechtslehrer von dieser Dienstbarkeit aufstellen, sind in unserem Rechte nicht gegründet. VIII. Die *servitus calcis coquendae*, IX. *arenae fodiendae*, X. *cretae eximendae* f), und andere ähnliche bedürfen keiner Erklärung.

Dritter Titel.

Von den persönlichen Dienstbarkeiten.

§. 280.

Persönliche Dienstbarkeiten.

Die persönlichen Dienstbarkeiten sind die Fruchtnießung, der Gebrauch, das Wohnungsrecht und die Dienstleistungen der Sclaven.

§. 281.

Begriff und Gegenstand der Fruchtnießung a).

Die Fruchtnießung, Nutznießung, der Nießbrauch (*usus-fructus*) ist das Recht, kraft einer persönlichen Servitut eine Sache zu gebrauchen und Früchte daraus zu ziehen b). Vor Alters konnte der Nießbrauch nur an solchen Sachen bestellt werden, die nach dessen Beendigung unversehrt zurückgestellt werden konnten; später aber beschloß der Senat, daß auch an verbrauchbaren Sachen ein Nießbrauch bestellt werden könne, jener wird ein wahrer, dieser ein *quasi* Nießbrauch genannt. Beym wahren Nießbrauch muß nach dessen Beendigung das, was von der Sache noch übrig ist, beym *quasi ususfructus* eine Sache von gleicher Beschaffenheit und Quantität zurückgestellt werden c). Zuerst werden wir vom wahren Nießbrauch handeln.

---

e) fr. 1. §. 1. fr. 4. fr. 6. §. 1. in fin. D. *h. t.*
f) §. 2. J. II. 3. *de servit.* — fr. 1. §. 1. fr. 5. §. 1. fr. 6. §. 1. D. *h. t.*
a) J. II. 4. — D. VII. 1. — C. III. 33. 34. *G. Noodt* de usufructu lib. II. in opp. T. I.
b) pr. J. *h. t.* — fr. 1. D. *h. t.*
c) §. 2. J. *h. t.*

Digitized by Google

§. 282.

Die Rechte des Fruchtnießers.

Nach Verschiedenheit der Sachen, die zum Nießbrauch gegeben wurden, sind auch die Rechte des Usufructuars verschieden. I. Bezieht er sowohl die natürlichen, als die Civilfrüchte a), und zwar nicht nur diejenigen, welche er selbst pflanzte, sondern auch die früher gepflanzten, wenn sie beym Beginne des Nießbrauchs noch nicht von Grund und Boden getrennt waren b). Dem Usufructuar gebührt auch das, was er durch Jagd, Vogelfang oder Fischerey erlangte, wenn dieß zu den Früchten des Gutes gehört; denn sonst kann er die wilden Thiere nur durch Zueignung erwerben c).

Was die Civilfrüchte betrifft, so erwirbt er sowohl die Zinsen als den Pachtschilling im Falle, als der Zahlungstag erst nach der Bestellung des Nießbrauchs eintritt, wenn sie auch aus Geschäften, die der Eigenthümer selbst abschloß, entspringen; ja er kann gleich einem Käufer die Mieth- oder Pachtverträge, die mit dem Eigenthümer eingegangen wurden, auflösen d). In Beziehung auf einen Wald ist zu unterscheiden, ob dieser den Hauptgegenstand des Nießbrauches ausmache, oder ob er bloß ein Pertinenzstück eines Landgutes sey. Im ersten Falle kann der Usufructuar daraus nach Art eines guten Hausvaters Holz fällen und verkaufen e). Im letztern Falle ist ihm dasselbe erlaubt, wenn der Wald schlagbar ist f); aus einem nicht schlagbaren Walde kann er das Holz nur zum Gebrauche des Weingartens, und zur nöthigen Reparatur des Landhauses, nie aber zum Ver-

a) fr. 7. pr. §. 1. fr. 9. pr. fr. 59. §. 1. D. *h. t.* Aber weder ein Schatz, noch die Geburt einer Sclavinn gehört unter die Früchte.
b) fr. 27. pr. D. *h. t.*
c) fr. 9. §. 5. fr. 62. pr. D. *h. t.* — fr. 26. D. XXII. 1. *de usuris.* „Venationem in fructu negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.“
d) fr. 12. §. 2. fr. 59. §. 1. D. *h. t.*
e) fr. 9. §. 7. D. *h. t.*
f) fr. 9. §. 7. D. *h. t.*

Digitized by Google

kaufe nehmen g), auch die durch ein Ungewitter niedergeriſſenen Bäume kann er nur zur nothwendigen Ausbeſſerung ſeines Landhauſes benützen h). Enthält der Grund Stein- Kreide- oder Metallgruben, ſo gebühren dem Uſufructuar die Einkünfte davon, außer die Steingruben ſind ſo beſchaffen, daß der Marmor und andere Steine nicht nachwachſen, denn in dieſem Falle benützt er die daraus gezogene Ausbeute, ſo lange er lebt; nach geendigtem Nießbrauche ſtellt er ſie aber dem Eigenthümer zurück i).

II. Nebſt den Früchten hat er zugleich das freyeſte Gebrauchsrecht, wenn er nur Sorge trägt, daß die Sache unverletzt bleibe; die Gefahr aber, daß die Sache zu Grunde gehe oder verſchlechtert werde, kann ihn nicht abhalten, jenen Gebrauch von derſelben zu machen, zu dem ſie beſtimmt iſt k). Auch darf er die Sache nicht nur zu ſeiner Nothdurft, ſondern auch zu ſeinem Vergnügen gebrauchen l).

III. Ferner hat er die Befugniß, ſich der Pertinenzſtücke einer Sache zu bedienen, als: der Gärten, Ställe m), der Ackergeräthſchaften n), ja auch des Zuwachſes, wenn er mit der Hauptſache zuſammenhängt; denn iſt er von dieſer getrennt, wie eine im Fluſſe entſtandene Inſel, ſo hat der Uſufructuar darauf keinen Anſpruch o).

IV. Kann er die Ausübung des Nießbrauches, ſo lange er dazu berechtigt iſt, entweder umſonſt, oder gegen Entgeld Andern überlaſſen p), keineswegs aber das Recht ſelbſt auf An-

---

g) fr. 10. D. *h. t.*
h) fr. 12. pr. D. *h. t.*
i) fr. 9. §. 2. 3. fr. 13. §. 5. D. *h. t.* verb. mit fr. 32. D. XXIII. 3. *de jure dot.* — fr. 18. pr. D. XXIII. 5. *de fund. dot.* — fr. 7. §. 12—14. D. XXIV. 3. *solut. matr.*
k) fr. 12. §. 1. D. *h. t.*
l) arg. fr. 13. §. 4. 7. D. *h. t.*
m) arg. fr. 198. D. L. 16. *de verb. sign.* — fr. 91. §. 5. D. *de legat.* III. — fr. 13. §. 8. D. *h. t.*
n) fr. 15. §. 6. D. *h. t.*
o) fr. 9. §. 4. D. *h. t.*
p) fr. 12. §. 2. D. *h. t.*

Digitized by Google

dere, als den Eigenthümer übertragen, so daß eine entgegengesetzte Handlung ungültig ist q). Auf ähnliche Weise kann er die zum Nießbrauch gegebene Sache nicht veräußern r), nur ein Thier, das Jemanden Schaden verursachte, darf er dem Verletzten als Entschädigung geben, wenn ihn der Eigenthümer gegen jenen nicht vertheidigen will s) (§. 613.).

§. 283.

Pflichten des Fruchtnießers.

A. Während des Nießbrauchs muß der Usufructuar die Sache wie ein guter Hausvater erhalten a), und alle Kosten und Lasten derselben tragen. Da er also I. die Sache im guten Zustande erhalten muß, so ist er beym Nießbrauch einer Herde verpflichtet, die abgehenden Stücke durch neue zu ersetzen b), bey der Nutznießung eines Landgutes an die Stelle der abgestorbenen Bäume neue zu pflanzen c), und dergleichen. Die Form einer Sache und ihre Bestimmung kann er aber nicht ändern, wenn sie auch dadurch fruchtbringender werden sollte, daher darf er weder Äcker in Weingärten verwandeln, noch statt der Bäume, die bloß zur Annehmlichkeit dienen, Obstbäume setzen d); und was die Gebäude anbelangt, so hat er nicht einmahl die Befugniß, ein unvollendetes Gebäude auszubauen e), im Allgemeinen wird also nur eine solche Verbesserung erlaubt, durch welche die Sache, ohne verändert zu werden, schöner oder bes-

q) §. 3. J. II. 4. *h. t.* et *Gaji* II. §. 30. Nicht entgegen ist fr. 66. D. XXIII. 3. *de jure dot.* Vergl. Puggé im Rh. Mus. I. S. 145.
r) c. 69. C. *h. t.*
s) arg. fr. 17. in fin. D. IX. 4. *de noxal. act.*
a) Daher ist er auch für jedes Verschulden verantwortlich, fr. 9. pr. fr. 65. pr. D. VII. 1. *h. t.* — fr. 1. §. 3. 7. fr. 2. D. VII. 9. *ususfr. quemad. caveat.*
b) fr. 68. §. 2. fr. 69. D. *h. t.*
c) §. 38. J. II. 1. *de rer. divis.* — fr. 18. D. *h. t.*
d) fr. 13. §. 4. 5. 6. fr. 15. §. 1. D. *h. t.* — Über fr. 13. §. 5. D. *h. t.* sehe man Madai im Arch. f. Civ. Pr. XV. 3. S. 330.
e) fr. 7. §. 3. fr. 13. §. 7. fr. 61. D. *h. t.*

Digitized by Google

ser wird f). Doch kann er eine Scheuer zur Aufnahme der Früchte, und eine Hütte zur Bewachung der Sachen, welche auf dem Felde sind, erbauen g). II. Muß er die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Kosten, wenn sie mäßig sind, selbst tragen, außer er wollte seinen Nießbrauch verlassen h), was aber derjenige, durch dessen Schuld die Sache schlechter wurde, nicht thun darf i). Ist ein Gebäude vor Alter zusammengestürzt, so ist weder der Usufructuar noch der Eigenthümer zur Herstellung verpflichtet; hat es aber der Letztere hergestellt, so muß er auch neuerdings den Nießbrauch davon gestatten k). III. Trägt er alle Lasten von der Sache, wie die Alimente, die Steuern l), auch Kriegsbeyträge, die von den Früchten zu leisten sind m).

B. Nach Beendigung des Nießbrauchs müssen der Usufructuar oder dessen Erben die Sache sammt allen noch nicht percipirten Früchten zurückstellen (§. 212.). Was die Civilfrüchte betrifft, so ist zu unterscheiden, ob sie für natürliche Früchte, z. B. für die Pachtung eines Ackers, eines Weingartens, oder für den Gebrauch einer nicht fruchtbringenden Sache geleistet werden. Im erstern Falle gehören sie dem Usufructuar oder dessen Erben, wenn der Nießbrauch erst erloschen ist, nachdem die natürlichen Früchte bereits percipirt waren, sonst aber dem Eigenthümer n); im zweyten Falle werden die Civilfrüchte des letzten Jahres zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar nach dem Verhältnisse der Zeit, als der Nießbrauch noch in diesem Jahre dauerte, getheilt o). Damit der Eigenthümer sicher sey, daß der Nutznießer allen seinen Verpflichtungen gehörig nach-

f) fr. 13. §. 7. D. *h. t.*
g) fr. 13. §. 6. fr. 73. D. *h. t.*
h) fr. 7. §. 2. 3. fr. 48. pr. fr. 64. D. *h. t.*
i) fr. 65. D. *h. t.*
k) fr. 7. §. 2. D. *h. t.*
l) fr. 7. §. 2. fr. 27. §. 3. fr. 52. D. *h. t.*
m) fr. 27. §. 3. D. *h. t.*
n) fr. 58. pr. D. *h. t.*
o) fr. 26. D. *h. t.*

Digitized by Google

komme, muß dieser nach dem Edicte des Prätors Bürgschaft leisten, daß er die Sache wie ein guter Hausvater benützen, und nach Erlöschung seines Rechtes dieselbe so, wie sie nach gehörig gemachten Gebrauche seyn wird, zurückstellen wolle p). Wer Bürgschaft zu leisten unterläßt, wird von der Nutznießung ausgeschlossen q), und der Eigenthümer, der seine Sache früher übergeben hat, kann sie bis zur Cautionsleistung vindiciren, oder die Caution selbst mit der *condictio incerti* fordern r). Auch die bis zur Bürgenstellung percipirten Früchte gehören dem Eigenthümer, wenn er nicht etwa selbst im Verschulden war s). Von dieser Cautionsleistung sind nach dem Gesetze befreyt: der Fiscus t), und derjenige, dem der Nießbrauch unbedingt, und das Eigenthum von einem gewissen Tage hinterlassen wurde u), ferner der Vater hinsichtlich der Nutznießung an dem *peculium adventitium* seiner Kinder v). Endlich kann diese Caution durch einen Vertrag x), aber keineswegs durch ein Testament erlassen werden y).

§. 284.

Von jenen Sachen, an denen nur ein quasi ususfructus Statt hat a).

Bey dem *quasi ususfructus* (§. 281. am Anfange) erhält der Nutznießer das Eigenthum der zum Nießbrauch gegebenen Sachen, so daß nach Beendigung desselben eine andere Sache von gleicher Menge und Beschaffenheit zurückgestellt werden muß b).

p) fr. 1. pr. fr. 7. pr. D. VII. 9. *ususfr. quemadm. caveat.* — fr. 13. pr. D. VII. 1. *de usufr.*
q) fr. 13. pr. D. *h. t.* (VII. 1.)
r) fr. 7. pr. D. VII. 9. *ususfr. quemadm. caveat.*
s) fr. 24. pr. D. XXXIII. 2. *de usu et usufr. leg.*
t) fr. 1. §. 18. D. XXXVI. 3. *ut legat. causa cav.*
u) fr. 9. §. 2. D. VII. 9. *ususfr. quemad. cav.*
v) c. 8. §. 4. C. VI. 61. *de bonis, quae lib.*
x) fr. 46. D. II. 14. *de pactis.*
y) c. 1. C. *h. t.* (III. 33.). — c. 7. C. VI. 54. *ut in poss. legat.*
a) D. VII. 5. *de usufr. ear. rerum, quae usu consum.*
b) Und zu diesem Zwecke muß der Usufructuar Bürgschaft leisten,

Digitized by Google

Obschon die allgemeine Regel gilt, daß bey verbrauchbaren Sachen ein *quasi ususfructus* Statt habe, so gibt es doch einige Fälle, wo gezweifelt werden kann, ob ein wahrer oder *quasi* Nießbrauch vorhanden sey. Hieher gehören: 1) Geldforderungen, an denen der Regel nach ein wahrer Nießbrauch Statt hat, wenn nähmlich nichts anders, als der Gebrauch derselben auf den Fruchtnießer übertragen wurde, wo er, so lange der Nießbrauch dauert, die Zinsen davon bezieht, und nach Beendigung desselben die Forderungen zurückstellt; hat er aber die Forderung eingetrieben, was ihm allerdings erlaubt ist, wenn nicht das Gegentheil bedungen wurde, so hat er sein Recht freywillig in einen *quasi ususfructus* des Geldes umgewandelt c). 2) Vom Gelde gibt es daher immer nur einen *quasi* Nießbrauch, außer es wären alte Münzen gegeben worden, welche wieder zurückgestellt werden müssen d). 3) Die Nutznießung des ganzen Vermögens ist nach Verschiedenheit der Sachen, welche darin enthalten sind, theils ein wahrer, theils ein *quasi ususfructus* e). 4) An Kleidern scheint eine wahre Nutznießung Statt zu haben f).

§. 285.

Vom Gebrauchsrechte a).

Der Gebrauch (*usus*) ist das Recht, mittelst einer persön-

§. 2. J. II. 4. *de usufr.* — fr. 1. fr. 2. §. 1. fr. 7. fr. 8. D. VII. 5. *de usufruct. ear. rerum.*

c) fr. 3. fr. 4. D. VII. 5. — c. 1. C. III. 33.

d) fr. 28. D. VII. 1. *h. t.*

e) arg. fr. 24. pr. D. XXXIII. 2. *de usu et usufr.*

f) Diese Behauptung beruht theils auf dem Begriffe einer fungiblen Sache, theils auf dem fr. 15. §. 4. D. VII. 1. erklärt durch fr. 9. §. 3. D. VII. 9. *ususfr. quemadm. caveat.* und fr. 5. §. 8. D. XIII. 6. *commodati vel contra.* Die Institutionen widersprechen sich selbst im §. 2. J. II. 4. und §. 5. J. III. 25. *de locat.*, und verdienen daher keine Rücksicht. Wir folgen also der Meinung Kaufmanns §. 134. N. h. Die Meisten unterscheiden aber zwischen gewöhnlichen Kleidungsstücken, und solchen, von denen selten Gebrauch gemacht wird, und nehmen bey diesen einen wahren, bey jenen einen quasi Nießbrauch an, z. B. Warnkönig I. §. 309. N. 4., Mühlenbruch II. §. 397.

a) J. II. 5. — D. VII. 8. *de usu et habitatione.*

lichen Dienstbarkeit eine Sache zu benützen. Der Regel nach bezieht der Berechtigte keine Früchte, hat aber jedes andere, und zwar das vollste Benützungsrecht b), wenn die Sache keine Früchte trägt c). Hätte aber der Berechtigte von der zum Gebrauche gegebenen Sache gar keinen Vortheil, wenn er keine Früchte bezöge, wie bey einem Acker, oder einen sehr geringen, wie bey einem Landgute, so kann er auch Früchte beziehen, aber nur zu seiner Nothdurft, welche nach dem Stande und der Familie desselben zu beurtheilen ist d). Übrigens unterscheidet sich der Gebrauch von dem Nießbrauche auch darin, daß jener untheilbar ist e), und nur von dem Berechtigten ausgeübt werden kann f). Wenn aber der Gebrauch verbrauchbarer Sachen g), oder eines schlagbaren Waldes bestellt wurde, so ist er als ein Nießbrauch anzusehen h). Endlich muß der Usuar gerade so, wie der Nutznießer, eine Caution leisten i).

§. 286.

Von dem Wohnungsrechte und den Dienstleistungen der Sclaven.

Ob das Wohnungsrecht (*habitatio*) oder das Recht, mittelst einer persönlichen Dienstbarkeit ein Gebäude zu benü-

h) §. 4. J. *h. t.* — fr. 12. §. 2. 4. D. *h. t.* Da aber die letzten Willenserklärungen nicht so strenge auszulegen sind; so kann derjenige, dem von einem Erblasser das Gebrauchsrecht hinterlassen wurde, auch mäßige Früchte beziehen, fr. 12. §. 2. D. *h. t.*

c) fr. 2. §. 1. fr. 12. §. 3 et 5. fr. 22. §. 1. D. *h. t.*

d) fr. 12. pr. §. 1. fr. 15. fr. 22. §. 2. D. *h. t.*

e) fr. 19. D. *h. t.*

f) §. 2. 3. J. *h. t.* — fr. 8. D. *h. t.* Eine Ausnahme enthalten die fr. 2. §. 1. fr. 4. D. *h. t.*, vermöge welcher derjenige, der das Gebrauchsrecht an einem Gebäude hat, wenn er es selbst bewohnt, auch einen Miethsmann aufnehmen kann, und laut fr. 12. §. 4. kann ein Fuhrmann, dem der Gebrauch von Pferden hinterlassen wurde, Anderen die Ausübung desselben vermiethen, wenn nur derjenige, der das Gebrauchsrecht bestellte, Wissenschaft davon hatte, daß jener das Fuhrmannsgeschäft ausübt.

g) fr. 5. §. 2. fr. 10. §. 1. D. VII. 5. *de usufr. ear. rer.*

h) fr. 22. pr. D. *h. t.* (VII. 8.)

i) fr. 11. D. VII. 9. *usufr. quemad. caveat.*

Digitized by Google

ßen a), eine eigene Servitut sey, oder mit dem Nießbrauche oder Gebrauche eines Gebäudes übereinstimme, war unter den alten Juristen streitig, bis Justinian bestimmte, sie sey eine eigenthümliche Dienstbarkeit b). Sie unterscheidet sich von dem Gebrauche eines Gebäudes darin, daß der Wohnungsberechtigte die Ausübung seines Rechtes gegen Entgeld c) gänzlich, so daß er gar keinen Theil daran hat (vergl. den vorhergeh. Paragr.), Anderen überlassen kann d). Ein anderer Unterschied hinsichtlich des Verlustes des Wohnungsrechtes wird weiter unten (§. 291. e. und §. 295. g.) auseinander gesetzt werden e).

Das *jus operarum servilium* oder das Recht, mittelst einer persönlichen Servitut von den Diensten eines Sclaven Nutzen zu ziehen, bedarf wohl heut zu Tage kaum einer weiteren Auseinandersetzung.

---

a) Das Wohnungsrecht wird auch usus oder ususfructus habitandi causa genannt, fr. 10. §. 2. D. VII. 8. *de usu et habit.*

b) §. 5. J. II. 5. — c. 13. C. III. 33. *de usufr. usu.*

c) Also nicht ohne Entgeld, fr. 10. pr. D. VII. 8. — c. 13. C. III. 33. So nehmen fast alle Neuern an; die entgegengesetzte Meinung vertheidigt Kaufmann §. 139. N. e.

d) Über die Behauptung der meisten Rechtslehrer, daß sich das Wohnungsrecht von dem Gebrauche und der Fruchtnießung der Gebäude auch dadurch unterscheide, daß die durch eine Schenkung begründete Wohnungsbefugniß von den Erben des Geschenkgebers widerrufen werden könne, vergl. man Buchholtz in s. Vers. I. N. 15.

e) Viele nehmen noch den Unterschied an, daß der Wohnungsberechtigte sich nur jener Theile eines Gebäudes bedienen könne, welche zur Bewohnung geeignet sind, während das Recht des Nutznießers sich auch auf alle übrigen Theile, als Gärten und dergl. erstreckt; allein kaum wird man diesen Unterschied aus dem fr. 41. pr. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.*, auf das man sich beruft, herausbringen können.

Digitized by Google

Vierter Titel.

Von dem quasi Besitze der Dienstbarkeiten a).

§. 287.

Wie der quasi Besitz der Dienstbarkeiten erworben und verloren werde.

Der quasi Besitz der bejahenden Real-Servituten b) wird erworben, wenn das Recht, worin die Servitut besteht, wenigstens einmahl, und zwar als Servitut ausgeübt wurde c); der verneinenden aber entweder durch den Vertrag selbst, oder dadurch, daß Jemand dem Eigenthümer etwas verboth, was er sonst vermöge seines Eigenthumsrechtes hätte thun können, wie wenn z. B. dem Eigenthümer verbothen wird, sein Haus höher zu bauen, und er diesem Verbothe Folge leistet d). Verloren wird der Besitz der verneinenden Servituten, wenn der Nachbar eine Handlung unternimmt, die der Dienstbarkeit geradezu entgegen ist; so wird der Besitz der Servitut, nicht höher zu bauen, verloren, wenn der Nachbar wirklich höher baute; der Besitz der bejahenden Servituten, und zwar jener, welche eine beständige Verbindung mit dem dienstbaren Gute voraussetzen, wird verloren, wenn diese Verbindung gegen den Zweck und die Bestimmung der Dienstbarkeit aufgehoben wird; so verliert man den Besitz der Servitut, einen Balken einzulegen (*tigni immittendi*), wenn dieser Balken aus der dienstbaren Wand herausgenommen wird, außer es geschähe bloß der Ausbesserung willen. Der Besitz jener bejahenden Dienstbarkeiten, welche eine Handlung von Seite des Berechtigten erfordern (wie des Fußsteigs, des Viehtriebes, der Weggerechtigkeit), geht dann verloren, wenn der Be-

a) v. Savigny das Recht des Besitzes, §. 44. und die folg.
b) Hinsichtlich der persönlichen Servituten sehe man den §. 193.
c) fr. 20. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 25. D. VIII. 6. *quemadm. servit. amitt.* — fr. 1. §. 6 et 7. fr. 7. D. XLIII. 19. *de itinere actuque priv.*
d) fr. 6. §. 1. D. VIII. 5. *si servit. vindicetur.*

Digitized by Google

sitzer seine Servitut wegen eines Hindernisses nicht mehr ausüben kann, oder die Ausübung durch längere Zeit unterläßt, in welchem letzteren Falle jedoch der Richter zu bestimmen hat, ob der Besitz für verloren zu halten sey oder nicht e).

Fünfter Titel.

Von der Erwerbung und dem Verluste der Dienstbarkeiten.

§. 288.

Von der Erwerbung der Dienstbarkeiten: 1) durch den Willen von Privatpersonen a).

Da der Eigenthümer, dessen Veräußerungsbefugniß nicht beschränkt ist, die Freyheit hat, über seine Sache zu verfügen; so ist es klar, daß er dieselbe auch mit einer Dienstbarkeit belasten könne b). Darüber sind aber die Rechtslehrer nicht einig, ob schon der bloße Vertrag zur Erlangung der Dienstbarkeit, als dinglichen Rechtes, hinreichend sey, oder ob noch eine Übergabe des Rechtes selbst (*quasi traditio*) c) dazu erfordert werde, um dasselbe von Jedem vindiciren zu können. Die älteren Juristen behaupteten die Nothwendigkeit einer Übergabe bey allen

e) Zimmern in den Röm. rechtl. Unters. Heidelberg 1821, S. 118.

a) *E. J. Schmidtlein* diss. de serv. per pactum constit. Gotting. 1823. Der nähmliche Verfasser stellt seine neue Lehre im Arch. f. Civ. Pr. IX. 2. S. 145. dar. Vergl. in derselben Arch. VII. 3. Können Servituten durch Vertrag bestellt werden? von Zimmern, und VIII. 3. Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden, von Michelsen. Der Lehre Schmidtleins folgt auch Warnkönig I. N. 316, und vertheidigt sie gegen Francke und Zimmern im Arch. f. Civ. Pr. XII. 1. S. 52. Andere hieher gehörige Abhandl. sehe man noch unter e.

b) §. 4. J. II. 3. *de servit.* — §. 1. in med. J. II. 4. *de usufr.* — fr. 3. pr. D. VII. 1. *de usufr.*

c) Eine quasi Übergabe der Rechte hat nähmlich dann Statt, wenn sie mit den körperlichen Sachen, mit denen sie in Verbindung sind, übergeben werden, oder für sich allein so, daß der Berechtigte das Recht, welches er erlangte, ausübt, und der Andere diese Ausübung duldet. Kaufmann §. 95. N. h.

Digitized by Google

Dienſtbarkeiten, die Neueren wenigſtens bey den bejahenden d). Richtiger ſcheint aber die Meinung zu ſeyn, daß zur Erwerbung einer Dienſtbarkeit, als dinglichen Rechts, ſchon der bloße Vertrag hinreichend e), daß aber die Übergabe in ſo fern nützlich ſey, als es dadurch leichter iſt, eine beſtellte Servitut zu beweiſen, oder als nun die poſſeſſoriſchen Interdicte angeſtrengt werden können f). Übrigens kann eine dingliche Dienſtbarkeit niemand Anderer, als der Eigenthümer, beſtellen oder

d) v. Wening I. 2. §. 92. vor w. — Seuffert I. §. 174. und Andere, vorzüglich wegen fr. 11. §. 1. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.* — fr. 35. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* — fr. 19. pr. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.* und anderer ähnlicher Stellen, wo der Übergabe Erwähnung geſchieht.

e) Vergl. die unter a angeführten Abh. Vorzüglich beweiſen dieſe Meinung folgende Stellen: fr. 3. §. 14. D. XLIII. 16. *de vi.* „Si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum (de vi) locum non habet, quid ergo est? Debet fructuarius usumfructum vindicare.“ — fr. 25. §. 7. D. VII. 1. *de usufr.* — c. 4. C. III. 33. *de usufr.* — c. 14. pr. C. III. 34. *de servit. et aqua.* — Die fr. 19. und 35., welche in der vorigen Note citirt wurden, handeln von Servituten, welche bey Gelegenheit des veräußerten Eigenthums beſtellt wurden; die c. 20. C. II. 3. *de pactis*, welche ebenfalls gegen unſere Meinung aufgeſtellt wird, handelt von körperlichen Sachen; das fr. 11. §. 1. D. VI. 2. wird in der folgenden Note erklärt werden. Wilhelm Francke behauptet die Nothwendigkeit der Übergabe in ſeinen civ. Abh. Gött. 1826, und ſucht zugleich die fr. 3. §. 14. D. *de vi.* und fr. 25. §. 7. D. *de usufr.* zu entkräften; allein wenn wir auch geſtehen, daß ſeine gegen die Beweiskraft dieſer Fragmente angeregten Zweifel nicht unbedeutend ſeyen; ſo wollen wir nur bemerken, daß er auf die Stellen des Codex, insbeſondere auf die wichtige c. 14. pr. C. *de serv.* gar nicht Rückſicht nimmt. Man vergl. über dieſen Streit vorzüglich die gediegene Abhandlung Haſſes im Rhein. Muſeum, 1827, S. 64—128, und die Recenſion darüber in den Jahrb. von Schunck IV. 2. Seite 127., endlich auch Schrader in der Tüb. krit. Zeitſchr. I. 2. S. 77.

f) fr. 3. §. 14. D. XLIII. 16. *de vi.* — fr. 7. D. XLIII. 19. *de itinere.* — Wenn wir in unſeren Quellen leſen, daß die Publicianiſche Klage wegen der Servituten dann Statt habe, wenn der Beſitz (quasi possessio) derſelben erlangt wurde (fr. 11. §. 1. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.* — arg. fr. 1. §. 2. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.*); ſo iſt dieß daraus leicht zu erklären, daß der Prätor dieſe Klage der Regel nach nur jenen zugeſtand, welchen die Sache, um die es ſich handelt, übergeben worden war. Vergl. §. 225. und 296. N. e.

Digitized by Google

erlangen g); nur der Erbpächter, der Superficiar und der redliche Besitzer können nach dem Prätorischen Rechte Dienstbarkeiten erwerben h), ja auch in der Art bestellen, daß nach Erlöschung ihres Rechtes auch die Servituten erlöschen i). Persönliche Dienstbarkeiten können alle erwerben, welche überhaupt Eigenthum erwerben können; bestellen können sie aber nur solche, die Real-Servituten zu bestellen berechtigt sind.

Da die Dienstbarkeiten untheilbar sind (§. 272. V.), so kann ein Miteigenthümer für das gemeinschaftliche Gut weder eine Servitut erwerben, noch dasselbe mit einer Servitut belasten, wenn die Theilnehmer nicht einwilligen k). Wer selbst nur eine Dienstbarkeit hat, kann davon nicht wieder eine neue Dienstbarkeit verleihen (§. 272. III.), daher darf der Eigenthümer nicht einmahl mit Bewilligung des Fruchtnießers eine diesem schädliche Servitut bestellen l). Aber weder der Fruchtnießer, noch Andere, die ein Recht auf die Sache haben, können den Eigenthümer hindern, für dieselbe eine Dienstbarkeit zu erwerben m). Stillschweigend wird eine Dienstbarkeit bestellt, wenn Jemand ein Gut verkaufte, von dem man ohne Servitut nicht im Stande wäre, einen Gebrauch zu machen n). Endlich kann man auch

g) §. 3. J. II. 3. *de serv.* — fr. 6. pr. D. VIII. 4. *comm. praed.*

h) arg. fr. 1. §. 9. D. XLIII. 18. *de superficiebus.*

i) fr. 1. pr. D. VII. 4. *quibus modis ususfruct. amitt.* — fr. 1. §. 9. D. XLIII. 18. *de superf.*

k) fr. 2. D. VIII. 1. *de serv.* — fr. 19. fr. 28. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.* Nur den Nießbrauch, da er theilbar ist, kann Jemand ohne Einwilligung der Miteigenthümer an einem gemeinschaftlichen Gute sowohl erwerben, als auflegen, arg. fr. 10. D. VII. 9. *ususfr. quemad.*

l) fr. 15. §. 7. in fin. fr. 16. fr. 17. pr. D. VII. 1. *de usufr.* Vergl. auch fr. 2. §. 7. D. XI. 7. *de religios.* Über die verschiedenen Versuche, diese Stellen zu erklären oder zu verbessern, sehe man Kaufmann §. 131. N. e.

m) fr. 15. §. 7. D. VII. 1. *de usufr.*

n) Daß auf diese Weise stillschweigend eine Servitut vermacht werden kann, erhellt aus fr. 10. fr. 36. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* — fr. 15. §. 1. D. XXXIII. 2. *de servit. legat.* Daß das Nähmliche unter Lebenden geschehen könne, läßt sich aus fr. 37.

für ein erst zu errichtendes Gebäude Servituten bestellen, oder dasselbe damit belasten o), jedoch nach dem strengen Rechte können sie weder von einer gewissen Zeit, oder bis zu einer gewissen Zeit, noch unter einer Bedingung bestellt werden. Sollte aber eine Zeitbestimmung oder eine Bedingung beygefügt worden seyn, so steht demjenigen, der nach dem Eintritte der Zeit oder der Bedingung die Dienstbarkeit noch ausüben will, die Einrede des Vertrages oder des Betruges entgegen p). Eine Zweckbestimmung beyzufügen, wozu auch die Zwischenräume der Tage und Stunden gehören, ist nach den Gesetzen erlaubt q). Die Servituten, welche in einem letzten Willen bestellt zu werden pflegen, wollen wir in der Lehre von den Vermächtnissen auseinander setzen r) (§. 427.).

§. 289.

2) Durch richterliches Urtheil und 3) durch das Gesetz.

II. Bey den Theilungsklagen a), oder in andern Fällen, wo Jemand nur mittelst einer Servitut seinen Grund benützen kann b), erlangt man dieselbe durch ein richterliches Urtheil.

III. Nach dem Gesetze wird insbesondere der Nießbrauch in manchen Fällen, die wir größten Theils schon erklärten, erworben, so erlangt 1) der Vater die Fruchtnießung am

---

D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* schließen. „*Idemque esse, et si duobus aedes cesserint*“ denn hier ist von einer Veräußerung unter Lebenden die Rede. Vergl. Glück IX. §. 626. S. 71.

o) fr. 23. §. 1. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* — fr. 10. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.* — fr. 21. D. VIII. 5. *si serv. vind.*

p) fr. 4. pr. D. VIII. 1. *de serv.*

q) fr. 4. §. 1 et 2. D. VIII. 1. *eod.*

r) D. XXXIII. 2. *de usu et usufr. et reditu et habit. et operis per legatum vel fideicomm. datis.* — *t.* 3. *de serv. leg.*

a) fr. 16. §. 1. fr. 22. §. 3. D. X. 2. *famil. ercisc.* — fr. 6. §. 10. D. X. 3. *comm. div.*

b) fr. 12. pr. D. XI. 7. *de relig.* verb. mit *Sicul. Flacc.* de conditionibus agrorum, pag. 9. edit. *Guil. Coesii.* Amstel. 1674. Vergl. auch fr. 44. §. 9. D. *de legat.* I.

Digitized by Google

peculium adventitium des Haussohns (§. 150. III.), und an einer Virilportion des mütterlichen Vermögens, wenn emancipirte Kinder ihre Mütter beerben c); 2) der unschuldige Gatte erhält, wenn die Ehetrennung aus Verschulden des anderen Gatten vorgenommen wurde, und Kinder aus der Ehe vorhanden sind, den Nießbrauch an demjenigen Vermögen, von welchem er sonst, wenn keine Kinder vorhanden gewesen wären, das Eigenthum erlangt hätte (§. 136. vor b. und c.); 3) der überlebende, oder zur zweyten Ehe schreitende Gatte hat die Fruchtnießung an den Gewinnsten erster Ehe, deren Eigenthum er zum Vortheile der Kinder erster Ehe verlor (§. 137. N. 1.); 4) gehört noch hierher die arme Witwe, welche mit ihren Kindern den Mann *ab intestato* beerbt (§. 312.).

§. 290.

4) Durch Präscription.

Nach dem älteren Röm. Rechte konnten Dienstbarkeiten, als unkörperliche Sachen, nicht ersessen werden a), aber nach und nach kam die Erwerbung der dinglichen Servituten b) aus

c) c. 3. C. VI. 60. *de bonis maternis.*

a) fr. 14. pr. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 4. §. 29. D. XLI. 3. *de usurp.*

b) Denn es kommt in den Quellen keine Stelle vor, welche der Erwerbung der persönlichen Servituten durch langen Gebrauch erwähnte. Auch Justinian scheint hierin keine Änderung gemacht zu haben, denn obgleich er in der c. 12. C. VII. 33. *de praescr. long. temp.*, nachdem er bestimmt hatte, was es heisse, unter Gegenwärtigen und unter Abwesenden zu besitzen, hinzufügt: „Eadem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes;" so ist doch kaum glaublich, daß der Kaiser mit so wenigen Worten eine neue Art der Erwerbung der Servituten habe einführen wollen, weßhalb Zimmern in seinen Röm. recht. Untersuch. N. V. S. 114—116. mit Recht annimmt, daß jene Worte auf die Zeit der Extinctiv-Verjährung der Dienstbarkeiten zu beziehen seyen, welche Justinian schon in anderen Verordnungen, insbesondere in der c. 13. C. III. 34. *de serv. et aqua.* bestimmt hatte. Diese Auslegung haben bereits die meisten Neuern angenommen, z. B. Warnkönig I. S. 461., v. Wening I. 2. §. 94. — Dage-

Digitized by Google

einem langen *quasi* Besitze, oder aus einem langen Gebrauche (*ex diuturno usu*, *longa consuetudine*) c), d. i. aus der Ausübung der Dienstbarkeit durch 10 Jahre unter Gegenwärtigen, und 20 unter Abwesenden in Gebrauch d). Bey jenen Sachen, deren Eigenthum durch die ordentliche Ersitzung nicht erworben wird, kann auch ein Theil des Eigenthumsrechtes, nähmlich eine Servitut, nur durch eine außerordentliche Ersitzung von 30 oder 40 Jahren erworben werden e). Nach den Gesetzen muß aber der *quasi* Besitz der Servituten fehlerfrey seyn, d. h. es

---

gen ist wohl der scharfsinnige Thibaut im Arch. für Civ. Pr. V. 3. S. 329., allein seine Bestreitung scheint uns nicht auf so wichtigen Gründen zu beruhen, als die in gegenwärtiger Note dargestellte Meinung.

c) fr. 10. D. VIII. 5. *si servit. vind.* — fr. 1. §. ult. D. XXXIX. 3. *de aqua et aquae pluv.* — fr. 5. §. 3. D. XLIII. 19. *de itinere actuque priv.* Anderer Ausdrücke wird noch in den angef. Röm. rechtl. Untersuch. S. 106. erwähnt.

d) fr. 10. pr. D. VIII. 5. *si servit. vind.* — fr. 1. §. ult. D. XXXIX. 3. *de aqua et aquae pluv.* — fr. 5. §. 3. D. XLIII. 19. *de itin. actuque priv.* — c. 1. 2. C. III. 34. *de serv.* Vergl. *Pauli* rec. sent. V. 5. §. 7. „Longum autem tempus, exemplo longae praescriptionis, decennii inter praesentes, et inter absentes vicennii computatur.“ Zimmern sucht in den angef. Unterss. S. 108—114. daraus, daß in den Quellen keine genaue Bestimmung der Zeit, binnen welcher die Servituten durch Ersitzung erworben werden können, vorkommt, zu beweisen, daß diese Bestimmung in einzelnen Fällen von dem Richter abhänge, welcher mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Servitut und auf die Lage der Grundstücke zu erklären habe, ob die Zeit, binnen welcher sie ausgeübt wurde, zur Ersitzung hinreiche, oder nicht; insbesondere könne er aber dieselbe nie absprechen, wenn ihre Ausübung schon so lange dauerte, daß kein Mensch sich erinnert, die Sache anders gesehen, oder gehört zu haben, was man die unvordenkliche Verjährung (immemorialis praescriptio) zu nennen pflegt. Allein diese Meinung ist nicht auf genug haltbaren Beweisen gegründet, und die Stellen, welche auf die unvordenkliche Verjährung bezogen werden (fr. 3. §. 4. D. XLIII. 20. *de aqua quot. et aestiv.* — fr. 1. §. ult. fr. 2. fr. 26. D. XXXIX. 3. *de aqua et aq. pluv. arcend. act.* — fr. 28. D. XXII. 3. *de probat.*), handeln, wie es scheint, gar nicht von der Verjährung. Unterholzner Verjährungslehre 1828, I. §. 140—143. Vergl. auch Thibaut im Arch. für Civ. Pr. V. 3. S. 323.

e) c. 5. C. II. 41. *in quibus causis in integr. rest.* — Nov. 131. c. 6. — Zimmern im ang. Werke S. 121.

Digitized by Google

muß der Servitutsinhaber dieſelbe weder mit Gewalt, noch heimlich, noch durch Mißbrauch des Bittleihens ausgeübt haben f); übrigens wird weder ein rechtmäßiger Titel, noch ein guter Glaube g), noch endlich ein Wiſſen von Seite des Eigenthümers des dienſtbaren Gutes erfordert h). Der Beſitz der Servitut, und folglich auch die Erſitzung wird unterbrochen: 1) durch eine Klage welche derjenige anſtrengt, gegen den die Erſitzung läuft i); 2 durch das Verboth, die Servitut auszuüben k); 3) durch den Verluſt des *quasi* Beſitzes (§. 287.).

Endlich iſt kaum zu bemerken nothwendig, daß auch bey den Servituten die Zeit des Beſitzes des Nachfolgers und des Vorgängers zuſammengerechnet werde l) (§. 215. am Ende). Die Wirkung der Erſitzung iſt die Erwerbung der Dienſtbarkeit und die *utilis actio confessoria* (§. 296.) m).

---

f) fr. 10. pr. D. VIII. 5. *si servit. vind.* — fr. 1, §. 23. D. XXXIX. 3. *de aqua.* — c. 1. C. III. 34. *de servit.*

g) Nicht entgegen ſind weder das fr. 1. §. 10. D. XLIII. 20. *de aqua quot.*, denn hier handelt es ſich nur um die Erforderniſſe des Interdictes de aqua quotidiana et aestiva, noch das fr. 25. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.*, denn die hier vorkommenden Worte: „qui suo jure uti se credidit“ ſind nicht vom guten Glauben zu verſtehen, ſondern von dem Willen, die Dienſtbarkeit im eigenen Nahmen auszuüben, wie aus den folgenden Worten: „si quis pro *alterius* servitute usus sit“ klar erhellet. Auf ähnliche Weiſe iſt das fr. 20. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. amitt.* zu erklären. Zimmern S. 119. A. M. iſt Glück im Comm. IX. S. 133. und neueſtens Beſſel im Arch. für Civ. Pr. XIII. 3. S. 380.

h) Zimmern im ang. Werke. S. 120.

i) c. 10. C. VII. 32. *de adquir. vel retin. poss.* — c. 2. in fin. C. VII. 40. *de annali except.*

k) c. 2. C. III. 34. *de servit.* — §. 10. C. VII. 32. *de adquir. vel retin. poss.* — Es folgt dieß auch aus dem, daß nach dem Verbothe der Beſitz fehlerhaft zu ſeyn anfängt.

l) fr. 3. §. 6 — 10. D. XLIII. 19. *de itin. actuque privato.*

m) fr. 10. pr. D. VIII. 5. *si serv. vind.* — fr. 1. §. 23. D. XXXIX. 3. *de aqua.* — c. 1. C. III. 34. *de servit.*

Digitized by Google

§. 291.

Von dem Verluste der Dienstbarkeit a).

1) Durch den Untergang der Person oder Sache, welcher die Dienstbarkeit gebührt.

Die dinglichen Dienstbarkeiten erlöschen durch den Untergang des herrschenden Gutes b); wird aber dasselbe wieder hergestellt, so lebt auch die Dienstbarkeit wieder auf, wenn nicht die Verjährungszeit schon verflossen ist c). Die persönlichen Dienstbarkeiten endigen durch den Tod des Berechtigten d), der Nießbrauch und der Gebrauch durch die größte und die mittlere Standesrechtsverminderung (§. 54. am Ende), keineswegs aber durch die geringste, wie es vor Alters beobachtet wurde e). Nach dem besonderen Rechte erlischt der einem Haussohne hinterlassene, und daher dem Vater erworbene Nießbrauch (§. 150. III.) nicht durch den Tod des Sohnes, sondern nur des Vaters f); auch hört der Nießbrauch nicht auf, der auf so lange bestellt wurde,

---

a) D. VII. 4. *quibus modis ususfr. vel usus amitt.* — D. VIII. 6. *quemad. servit. amitt.*

b) Die bloße Änderung des Gebäudes, oder die Abtragung eines Theiles davon hebt die Dienstbarkeit nicht auf, fr. 13. pr. D. VIII. 3. *de servit. praed. rust.*

c) fr. 20. §. 2. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.*

d) §. 3. J. II. 4. *de usufr.* — fr. 38. §. 10. D. XLV. 1. *de verb. oblig.* — c. 12. pr. C. III. 33. *de usufr.*

e) c. 16. C. III. 33. *eod.* Das Wohnungsrecht und das Recht auf die Dienstleistungen der Sclaven erlöschen durch keine Standesrechtsverminderung, fr. 10. D. IV. 5. *de capite minutis.* — fr. 10. pr. D. VII. 8. *de usu et habit.* — fr. 2. D. VII. 7. *de operis serv.* Buchholtz beschränkt diese Stellen in s. Vers. I. S. 186. nur auf die capitis deminutio minima; allein in fr. 10. D. IV. 5. heißt es ausdrücklich: „legatum (*habitationis*) in *facto* potius, quam in jure consistit“ und in fr. 10. pr. D. VII. 8. wird durch die Endworte „nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione“ der Unterschied zwischen usus und habitatio hervorgehoben, da aber ersterer ohnehin durch capitis deminutio minima nicht verloren geht; so muß man, um einen Unterschied hervorzubringen, bey der letzteren jede capitis deminutio verstehen, und die c. 16. C. III. 33. handelt nur von der Fruchtnießung.

f) c. 17. C. III. 33. *de usufr.* Stirbt der Vater früher; so setzt der Sohn den Nießbrauch fort.

Digitized by Google

als ein Dritter in der Raserey verbleiben sollte, wenn er als rasend stirbt g). Wurde der Nießbrauch ausdrücklich auf die Erben des Fruchtnießers ausgedehnt, so sind nur die ersten Erben darunter zu verstehen h). Ist der Nießbrauch einer Gemeinheit überlassen worden, so erlischt er nach 100 Jahren i), wenn nicht die Gemeinheit selbst früher aufgelöst wurde k).

§. 292.

2) Durch den Untergang der dienstbaren Sache.

Daß durch den Untergang der dienstbaren Sache auch die Servitut erlösche, ist von selbst klar; nur ist zwischen den dinglichen und persönlichen Dienstbarkeiten der Unterschied zu bemerken, daß die ersteren nach Herstellung der dienstbaren Sache wieder aufleben a), keineswegs aber die letzteren b), außer es wäre dieselbe nur theilweise hergestellt worden, oder es hätte sich die Veränderung bey den Accessionen ereignet c), oder die Ausübung der Dienstbarkeit wäre wegen eines entgegenstehenden Hindernisses unmöglich gewesen, denn hört dasselbe vor dem Verlaufe der Verjährungszeit auf, so kann auch die Dienstbarkeit wieder ausgeübt werden d). Hat die ganze Sache eine neue Gestalt bekommen, wie wenn z. B. ein Bad in eine Wohnung umgeändert wurde, so hören die persönlichen Dienstbarkeiten ebenfalls auf e).

---

g) c. 12. §. 1. C. *eod.*
h) fr. 5. pr. D. VII. 4. *quib. mod. ususfr. amitt.*
i) fr. 56. D. VII. 1. *de usufr.*
k) fr. 21. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. amitt.*
a) fr. 31. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* — fr. 14. pr. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.*
b) fr. 10. §. 1. §. 7. D. VII. 4. *quibus mod. ususfr. amitt.* — fr. 36. pr. D. VII. 1. *de usufr.*
c) fr. 8. fr. 10. §. 7. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. amitt.* — fr. 83. §. 5. D. XLV. 1. *de verb. oblig.*
d) fr. 36. pr. fr. 71. D. VII. 1. *de usufr.* — fr. 23. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. amitt.*
e) fr. 5 §. 2. 3. fr. 8. fr. 10. fr. 12. fr. 23. 24. 30 et 31. D. VII. 4. *quibus modis ususfr. amitt.*

Digitized by Google

§. 293.

3) Durch Confusion.

Da die Jemanden eigene Sache dem Eigenthümer nicht dienstbar seyn kann, so muß die Servitut erlöschen, sobald diese und das Eigenthumsrecht in einer Person zusammentreffen, was man Confusion zu nennen pflegt a), welche insbesondere Consolidation heißt, wenn der Fruchtnießer das Eigenthum der dienenden Sache erlangte b). Ist das Eigenthum des dienstbaren oder herrschenden Gutes zwischen Mehreren getheilt, so müssen Alle das eine Gut erlangt haben, damit die Servitut als erloschen betrachtet werden kann c). Ist sie einmahl auf diese Art erloschen, so lebt sie nicht auf, wenn auch die Gründe wieder an verschiedene Herrn gelangen d), außer es wäre die Confusion nur auf widerrufliche Weise geschehen e).

§. 294.

4) Durch Verlauf der Zeit; 5) durch Widerrufung des Rechtes des Verleihers und 6) durch Nachlaß.

Die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung bestellten Servituten erlöschen beym Eintritte der Bedingung oder der Zeit a) nicht minder (§. 288. am Ende), als wenn sie von Jemanden gegeben wurden, dessen Eigenthum widerrufen wird b). Ferner erlöschen sie durch Erlassung (*remissio*), welche ausdrücklich und stillschweigend geschehen kann; ist aber das Eigen-

a) §. 3. J. II. 4. *de usufr.* — fr. 17. fr. 27. D. VII. 4. *quemad. usufr. vel usus amitt.* — fr. 1. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.*
b) §. 3. J. II. 4. *de usufr.*
c) fr. 8. §. 1. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 30. §. 1. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* — fr. 27. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.*
d) fr. 30. pr. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.*
e) fr. 57. pr. D. VII. 1. *de usufr.* — fr. 7. §. 1. D. XXIII. 5. *de fundo dot.* — fr. 35. D. XXXVIII. 2. *de bonis libertorum.*
a) fr. 4. pr. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 16. D. VII. 4. *quibus modis usufr. amitt.*
b) fr. 105. D. XXXV. 1. *de condit.*

Digitized by Google

thum des herrschenden Grundstückes getheilt, so kann sie nur durch die Einwilligung aller erlassen werden, da eine Dienstbarkeit nicht theilweise verloren gehen kann (§. 272. V.). Übrigens ist ein solcher Nachlaß strenge auszulegen, wenn also Jemand mehrere Servituten hat, und eine davon erließ, so kann nicht angenommen werden, daß er auch die übrigen erlassen habe c). Stillschweigend wird eine Dienstbarkeit nachgesehen, wenn Jemand dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes etwas erlaubt, was die Ausübung der Servitut hindert d). Insbesondere wird der Nießbrauch als stillschweigend nachgelassen angenommen, wenn der Fruchtnießer in die Veräußerung der dienstbaren Sache einwilligt e).

§. 295.

7) Durch Nicht-Gebrauch.

Schon nach dem älteren Röm. Rechte war die Erlöschung der Servituten theils durch Nicht-Gebrauch, theils durch Ersitzung der Freyheit (*usucapio libertatis*) angenommen, und zwar bey beweglichen Sachen nach einem Jahre, und bey unbeweglichen nach zwey Jahren, mit dem Unterschiede, daß die Landservituten, und von den persönlichen der Gebrauch und die Fruchtnießung durch den bloßen Nicht-Gebrauch erloschen, die Stadtservituten aber nur durch Ersitzung der Freyheit, d. i. durch eine der Ausübung der Dienstbarkeit entgegenstehende Handlung a).

c) fr. 20. pr. D. VIII. 3. *de serv. praed. rust.* — fr. 21. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.*

d) fr. 8. pr. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.* — fr. 17. in fin. D. VIII. 4. *comm. praed.* Das allein aber, daß der Servitutsberechtigte etwas geschehen läßt, was den Gebrauch der Dienstbarkeit hindert, enthält noch keine Erlassung in sich, fr. 5. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* Nicht entgegen sind weder das fr. 8. pr. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.* noch das fr. 28. D. X. 3. *communi div.*, welches letztere Fragment von einem ganz andern Gegenstande handelt. Vergl. Glück X. §. 688. S. 263. — Mühlenbruch II. §. 402. N. 5.

e) fr. 4. §. 12. D. XLIV. 4. *de doli mali except.*

a) fr. 6. fr. 32. D. VIII. 2. *de servit. praed. urb.* — fr. 25. D. VII. 4. *quibus mod. ususfr. vel usus amitt.* Buchholtz behauptet in s. Vers. I. S. 193., daß auch die Fruchtnießung durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verloren gehe, sich auf c. 16. §. 1. C. III. 33. *de usufr.* berufend; allein die dort vorkommenden Worte: „nec ipsum usumfructum non utendo cadere“ scheinen uns im Zusammenhange mit den Endworten dieses Paragr.: „nisi talis excep-

Digitized by Google

Es scheint nicht, daß Justinian diesen Unterschied aufgehoben habe b), aber die Zeit der Verjährung dehnte er auf 10 Jahre unter Gegenwärtigen, und auf 20 unter Abwesenden aus, ohne die Dienstbarkeiten, welche an einer beweglichen Sache bestellt waren c), auszunehmen. Jene Servituten aber, welche nur in jedem zweyten Monathe oder Jahre ausgeübt werden können, erlöschen durch den Nichtgebrauch von 20 Jahren ohne Rücksicht auf Gegenwart oder Abwesenheit d). Daß endlich diejenigen, welche das Privilegium der 30 oder 40 jährigen Verjährungszeit genießen, auch in Beziehung auf Dienstbarkeiten den nähmlichen Vortheil haben, ist den Rechtsgrundsätzen nicht minder angemessen (§. 290. vor e.), als daß die Zeit, während welcher ein früherer Eigenthümer des herrschenden Gutes sich der Ser-

---

tio usufructuario opponatur, quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere" betrachtet, und diese letzteren aus c. 13. C. III. 34. erklärt werden zu müssen, wo sich Justinian offenbar auf jene einen Monath früher erlassene c. 16. beruft, und sagt, daß alle Servituten durch Nichtgebrauch erst in 10 oder 20 Jahren erlöschen sollen, gleichwie er schon früher (in der c. 16. C. III. 33.) nicht gestattete, daß die Fruchtnießung durch Nichtgebrauch während eines oder zwey Jahren erlösche. Justinian wollte nach meiner Meinung in der c. 16. nur die Zeit des Nichtgebrauches erweitern, keineswegs aber in anderer Hinsicht die Grundsätze des älteren Rechts, wie sie z. B. in fr. 14. 20. 25. D. VII. 4. *quibus modis usufr. amitt.* ausgesprochen werden, aufheben. Eben dieser Meinung ist Unterholzner in s. Verjährungslehre. Leipz. 1828, II. §. 222—225.

b) Es glauben wohl Mehrere (unter den Neuern z. B. v. Wening I. 2. §. 101.), daß wegen c. 13. C. III. 34. *de servit.* „differentiis explosis," nach dem neuesten Rechte alle Dienstbarkeiten durch bloßen Nicht-Gebrauch erlöschen; allein diese Verordnung handelt nur von der Aufhebung des Unterschiedes der Zeit bey der Extinctiv-Verjährung der Servituten, und man kann nicht annehmen, daß Justinian mit so wenigen und dunklen Worten einen Unterschied des älteren Rechtes aufgehoben habe, der in den Digesten so klar ausgedrückt ist. Wie verschieden schon die Meinungen der älteren Rechtslehrer hierüber gewesen seyen, sehe man in Kaufmann II. §. 133. N. i.

c) c. 13. C. III. 34. *de servit.* — c. 16. C. III. 33. *de usufruct.*

d) fr. 7. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.* — c 14. pr. C. III. 34. *de serv.* Anders verhält es sich mit der Fruchtnießung, die nur jedes zweyte Jahr ausgeübt werden kann, denn wenn sie auch durch lange Zeit vernachläßigt wurde, geht sie nicht zu Grunde, weil nach jedem zweyten wiederkehrenden Jahre ein neuer Nießbrauch zu entstehen scheint, fr. 13. D. XXXIII. 2. *de usu et usufruct.* — fr. 28. D. VII. 4. *quibus modis usufr. amitt.*

Digitized by Google

vitut nicht bediente, dem Nachfolger eingerechnet werde e). Aus dem Gesagten erhellet, daß der Regel nach zur Extinctiv-Verjährung der Servituten der bloße Nicht-Gebrauch binnen der gesetzlichen Zeit hinreiche, daß aber bey den Stadtdienstbarkeiten insbesondere noch die Ersitzung der Freyheit nothwendig sey, welche weder gewaltsam, noch heimlich, noch durch Mißbrauch eines Bittleihens angefangen oder fortgesetzt seyn darf f); daß sie aber auch mit Redlichkeit und einem rechtmässigen Titel versehen seyn müsse, ist nirgends vorgeschrieben. Übrigens sind noch folgende Grundsätze hier zu bemerken: 1) das Wohnungsrecht g) und das Recht zum Grabe zu gehen (*servitus itineris ad sepulcrum*) h) erlöschen nie durch Verjährung. 2) Die Servituten behält man der Regel nach ganz, wenn sie auch nur zum Theile ausgeübt werden i), nur beym Nießbrauche wird jener Theil erhalten, dessen sich Jemand bedient k) (§. 272. V.). 3) Die Servituten gehen nicht verloren, wenn sie ein Anderer in unserem Nahmen benützt l), oder wenn der Berechtigte die Gränzen seines Rechtes überschreitet m); sie erlöschen aber, wenn sich Jemand nur der Hilfsmittel zur Ausübung der Dienstbarkeit bediente n), oder wenn er sie nicht am gehörigen Orte o), oder nicht zur gehörigen Zeit p), oder ohne Absicht, sich seines Rechtes zu bedienen, ausübte q). 4) Die Dienstbarkeiten gehen durch Verjährung verloren, wenn es auch nicht möglich war, dieselben auszuüben, z. B. weil die Quelle, woraus das Wasser ge-

e) fr. 18. §. 1. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.*
f) arg. fr. 32. pr. D. VIII. 2. *de serv. praed. urb.*
g) fr. 10. pr. D. VII. 8. *de usu et hab.*
h) fr. 4. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.*
i) fr. 2. fr. 8. §. 1. fr. 9. D. VIII. 6. *eod.*
k) fr. 14. fr. 20. fr. 25. D. VII. 4. *quibus mod. ususfr. amitt.*
l) fr. 12. §. 2. D. VII. 1. *de usufr.* — fr. 5. fr. 6. pr. fr. 20—24. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.* Hat aber derjenige, dem die Benützung der Servitut überlassen wurde, dieselbe vernachläßiget; so hört die Servitut auf, mit Ausnahme des Nießbrauchs, wenn der Pächter desselben dem Servitutsberechtigten den Pachtzins wirklich bezahlte, fr. 15. in fin. fr. 38 — 40. D. VII. 1. *de usufr.*
m) fr. 11. pr. D. VIII. 6. *quemad serv. amitt.*
n) fr. 17. D. VIII. 6. *eod.* „Labeo ait: si is, qui haustum habet, tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.“
o) fr. 18. pr. D. *eod.*
p) fr. 10. §. 1. D. *eod.*
q) fr. 25. D. *eod.*

Digitized by Google

leitet wurde, ausgetrocknet ist; doch kann in einem solchen Falle die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angesucht werden r).

Sechster Titel.

Von den Klagen a) und den Interdicten, die aus den Dienstbarkeiten entspringen.

A. Von den Klagen.

§. 296.

Actio confessoria und negatoria.

Die *actio confessoria* steht demjenigen zu, welcher sich eine Servitut zuschreibt, die *negatoria* dem Eigenthümer, welcher die Freyheit seiner Sache behauptet b). Bey den dinglichen Dienstbarkeiten klagt direct der Eigenthümer des Gutes c), *utiliter* auch der Erbpächter, der Superficiar, der Pfandgläubiger d) und derjenige, dem die Dienstbarkeit von einem Nicht-Eigenthümer bestellt wurde e). Der Nutznießer kann, wenn mit dem Grundstücke, wovon er den Nießbrauch hat, eine Servitut verbunden ist, zwar nicht diese Servitut, aber seinen Nießbrauch vindiciren, so daß z. B. derjenige, welcher ihm nicht gestattet, den Fußsteig oder Viehtrieb über sein Grundstück auszuüben, gerade so belangt werden kann, als wenn er ihn an dem Fruchtgenusse hinderte f). Auch dann, wenn sich Jemand an einer dem Fruchtgenuße unterliegenden Sache eine Dienstbarkeit anmaßen

---

r) fr. 34. §. 1. fr. 35. D. VIII. 3. *de servit. praed. urb.* — fr. 14. pr. D. VIII. 6. *quemad. serv. amitt.*

a) D. VIII. 5. *si serv. vindic.* — D. VII. 6. *si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.*

b) fr. 2. pr. D. VIII. 5. *si serv. vindic.* Die negatorische Klage hat nicht nur gegen denjenigen Statt, der sich ohne rechtmäßigen Titel eine Servitut zuschreibt, sondern überhaupt auch dann, wenn auf andere Weise das Recht des Eigenthümers zum Theile verletzt wird, und diese Klage ihrer Natur nach zur Abwendung der Verletzung hinreicht, fr. 14. §. 1. D. VIII. 5. in Verbind. mit fr. 26. D. VIII. 2.

c) fr. 2. §. 1. D. *h. t.*

d) fr. 16. D. VIII. 1. *de servit.* — fr. 3. §. 3. fr. 9. D. XXXIX. 1. *de operis novi nunciat.* — fr. 1. §. 9. D. XLIII. 18. *de superficieb.*

e) fr. 11. §. 1. D. VI. 2. *de Publ. in rem act.*

f) fr. 1. pr. fr. 5. §. 1. D. VII. 6. *si ususfr. pet.* Nach dem Sinne dieser Stellen ist auch das fr. un. §. 4. D. XLIII. 25. *de remiss.* zu erklären.

Digitized by Google

will, kann der auf diese Weise an seinem Nießbrauche beeinträchtigte Nutznießer die confessorische Klage anstrengen. Diese confessorische Klage geht also gegen jeden, der die Ausübung der Dienstbarkeit hindert g); die negatorische gegen denjenigen, welcher an einer freyen Sache sich eine Servitut anmaßt, oder das ihm wirklich zukommende Recht auf eine ungebührliche Weise ausdehnt h). Der Zweck der Klagen geht dahin, daß der Belangte die Servitutsausübung oder die Freyheit in keiner Weise hindre, und dem Kläger das Interesse, und zugleich eine Caution leiste, daß er keine Störung mehr unternehmen wolle; verweigert er diese Cautionsleistung, so kann der Kläger zum Schätzungseide zugelassen werden i). Was den Beweis betrifft, so muß der Kläger bey der confessorischen Klage nicht nur seine Servitutsberechtigung, sondern, wenn es sich um eine dingliche Dienstbarkeit handelt, ferner beweisen, daß er aus einem solchen Titel im Besitze des herrschenden Grundes sey, welchem gemäß er zur Klage zugelassen werden kann k) (vergl. oben c. d. e.). Und wenn auch der Kläger in dem *quasi* Besitze der Servitut sich befindet, so muß er doch in dem Falle, als er gegen den Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes klagt, sein Recht beweisen l). Da die negatorische Klage einen Theil der Eigenthumsklage bildet, so genügt bey jener nach der Analogie der Publicianischen Klage der Beweis des rechtmässigen Titels, in dessen Gemäßheit der Kläger die Sache, deren Freyheit er behauptet, erhielt; daher muß der Belangte den Grund seiner Ein-

g) fr. 5. §. 1. D. VII. 6. *si usufr. pet.* — fr. 4. §. 5. fr. 10. §. 1. D. VIII. 5. *si serv. vind.*

h) fr. 9. pr. in fin. fr. 14. pr. D. VIII. 5. *si serv. vind.*

i) fr. 4. §. 2. fr. 6. §. 6. fr. 7. fr. 12. D. VIII. 5. *si servit. vind.* — fr. 5. §. 6. D. VII. 6. *si usufr. pet.* — c. 8. C. III. 34. *de serv.* Wenn die eine oder die andere Klage auf die Zurückstellung der dienstbaren Sache geht, wie z. B. beym Nießbrauche; so haben in Beziehung auf die Zurückstellung der Früchte, fr. 5. §. 6. D. VII. 6. *si usufr. pet.*, auf die Verpflichtung des erdichteten Besitzers, fr. 6. D. VII. 6. *eod.*, und auf die Nennung des Vormannes, wenn der Belangte im fremden Nahmen besitzt, c. 2. C. III. 19. *ubi in rem actio.* ganz dieselben Grundsätze Statt, die wir bey der Eigenthumsklage aufstellten. Vergl. §. 221.

k) fr. 16. D. XLIV. 1. *de except.*

l) Denn das Eigenthum wird für frey gehalten, bis das Gegentheil bewiesen ist, §. 272. I.; klagt er aber gegen einen Fremden, so braucht er sein Recht nicht zu beweisen — in pari causa melior est conditio possidentis (§. 182. N. 1.).

Digitized by Google

rede, oder sein Servitutsrecht beweisen, sollte er auch im *quasi* Besitze desselben seyn m). Endlich ist zu bemerken, daß es gleichgültig sey, ob der Kläger die Sache, um die es sich handelt, besitze oder nicht, so daß derjenige, welcher sich im *quasi* Besitze der Freyheit oder der Servitut befindet, mit Recht den belangen kann, der dem Kläger die freye Ausübung seines Rechtes nicht gestattet n).

B. Von den Interdicten.

§. 297.

Allgemeine Grundsätze.

Wenn gefragt wird, was für Interdicte um der Servituten willen Statt haben, so ist zwischen den persönlichen und dinglichen Servituten zu unterscheiden. Da die Ausübung der ersteren von der Inhabung der dienstbaren Sache abhängt, so muß den allgemeinen Interdicten zur Erhaltung und Wiedererlangung des Besitzes Platz gegeben werden a) (§. 194. 195.).

In Beziehung auf die negativen dinglichen, wie auch jene positiven Dienstbarkeiten, deren Ausübung unmittelbar mit dem Besitze des herrschenden Gutes zusammenhängt, wie z. B. bey der *servitus tigni immittendi*, *oneris ferendi* ꝛc. hat bloß das *interdictum uti possidetis* Statt, weil durch jede Störung der Ausübung der Servitut der Besitz des herrschenden Grundes gestört wird b). Was die übrigen affirmativen Servituten be-

m) arg. fr. 5. pr. D. VII. 6. *si ususfr. pet.* in den Worten: „quodsi forte qui agit, dominus proprietatis non sit.“ Nicht entgegen ist weder fr. 8. §. 3. D. VIII. 5. *si servitus vind.*, noch fr. 15. D. XXXIX. 1. *de operis novi nuntiat.* Hufeland Beyträge zur Berichtigung des pos. Rechtes. Jena 1802, 4. St. Note 10. — Mühlenbruch II. §. 404. N. 16. — v. Wening I. 2. §. 89. am Ende. Anderer Meinung ist Seuffert I. §. 183. Über die verschiedenen Meinungen der Ältern sehe man Günther §. 653. Vergl. auch Glück X. S. 250—260, und Puchta im Rhein. Mus. I. 3. S. 165. über die Negatorienklage.

n) §. 2. J. IV. 6. *de action.* — fr. 5. §. ult. D. VII. 6. *si ususfr. pet.*

a) Das fr. 4. D. XLIII. 17. *uti possidetis.* handelt von dem Interdicte uti possidetis. Auf das Interdict unde vi beziehen sich die fr. 60. pr. D. VII. 1. *de usufr.* — fr. 27. D. XXXIX. 5. *de donat.* — fr. 3. §. 13—16. fr. 9. §. 1. fr. 10. D. XLIII. 16. *de vi et vi armata.*, endlich auf das interdictum de precario muß das fr. 2. pr. §. 3. D. XLIII. 26. *de precario.* bezogen werden.

b) fr. 8. §. 5. D. VII. 5. *si serv. vindic.* Die servitus cloacae bil-

Digitized by Google

trifft, deren Ausübung für sich besteht, ohne daß sie mit dem Besitze des herrschenden Grundstückes nothwendig und unmittelbar zusammenhängt, so sind für dieselben größten Theils besondere Interdicte festgesetzt, und die Rechtsgelehrten sind uneins, ob nebst diesen auch noch die allgemeinen Interdicte Statt haben oder nicht c).

§. 298.

Die Interdicte de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte.

Die besonders zugestandenen Interdicte sind folgende: 1)

---

det die einzige Ausnahme, denn aus politischen Rücksichten hat der Prätor, mit Ausschluß des Interdictes uti possidetis, fr. 1. pr. D. XLIII. 17. *uti poss.* ein besonderes Interdict de cloacis. demjenigen zugestanden, der bey der Herstellung oder Reinigung der Cloake gehindert wurde, fr. 1. pr. D. XLIII. 23. *de cloacis.* Und da die Reinigung und Herstellung der Cloaken zur öffentlichen Wohlfahrt gehört; so kann sich dieses Interdicts auch derjenige bedienen, welcher die Servitut gewaltsam, heimlich, oder durch Mißbrauch des Bittleihens ausübte, fr. 1. §. 7. D. XLIII. 23. *eod.*

c) Die bejahende Meinung vertheidigt Thibaut im Arch. für Civ. Pr. I. 1. S. 111—116.; die negative Savigny in dem Rechte des Besitzes §. 46. Uns erscheint wegen fr. 4. §. 27. D. XLI. 3. *de usurp.* „nec de via quis, id est mero jure, detruditur.“ die negative Meinung als wahrscheinlicher. Das Interdict de vi hat also nicht Statt, weil hier keine gewaltsame Entfernung aus dem Besitze gedacht werden kann, aber auch nicht das Interdict de precario, da das Bittleihn die Zurückstellung des Gegebenen voraussetzt, was hier ebenfalls nicht gedacht werden kann; es bliebe also das einzige interdictum uti possidetis. Allein zu welchem Zwecke hätte der Prätor um der vorzüglichsten hieher gehörigen Servituten willen besondere Interdicte gegeben, wenn ohnehin das allgemeine Statt gehabt hätte? Auch kann man nicht sagen, daß durch die Störung einer solchen Servitut der Besitz des herrschenden Grundes gestört werde. Das fr. 20. in fin. D. VIII. 1. *de servit.* „ideoque et interdicta *veluti* possessoria constituta sunt.“ scheint unsere Meinung mehr zu bestätigen, als ihr entgegen zu seyn. Es folgt wohl aus dieser unserer Behauptung, daß die hieher gehörigen Servituten, für welche kein besonderes Interdict gegeben wurde (wie z. B. das Weiderecht) nie durch Interdicte geschützt werden können; aber dieß entspricht ohne Zweifel dem Begriffe dieser Servituten und der strengen Consequenz des Röm. Rechtes mehr, als die Behauptung der gegentheiligen Meinung. Savigny am Ende des §. 46.

Digitized by Google

das Interdict *de itinere actuque privato* a), welches demjenigen zusteht, der in dem letzten vom Tage des Interdictes rückwärts zu zählenden Jahre diese Servituten entweder in Verbindung oder einzeln, wenigstens durch 30 Tage weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise ausübte b). Ferner hat dieses Interdict auch dann Statt, wenn es sich um die Wiederherstellung des Weges handelt, aber dann muß der Kläger wegen des Schadens, der aus seiner Arbeit entstehen könnte, Caution (*cautio damni infecti*) leisten, und sein Recht selbst beweisen c), das Interdict unterscheidet sich in dieser letztern Hinsicht also nicht von der *actio confessoria*. 2) das Interdict *de aqua quotidiana et aestiva* d) schützt denjenigen, welcher glaubt, daß ihm die Servitut der Wasserleitung zustehe e), und selbe durch ein Jahr, oder wenn die Wasserleitung nur im Sommer oder nur im Winter gebraucht wird, durch zwey Sommer oder Winter weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise ausübte f). 3) Das Interdict *de rivis* g) wird zur Reinigung oder Wiederherstellung der Wasserleitung unter den nähmlichen Bedingungen, wie das *interdictum de aqua*, zugestanden, nur muß der Kläger die *cautio damni infecti* leisten, sein Recht selbst aber braucht er nicht zu beweisen h). 4) Das Interdict *de fonte* i) hat wegen der *servitus aquae haustus* und *pecoris ad aquam appulsus* dann Statt, wenn das Wasser, welches geschöpft, oder wozu das Vieh getrieben wird, ein lebendiges ist; da es aber den nähmlichen Zweck und die nähmlichen Bedingungen hat, wie die Interdicte *de aqua* und *de rivis*; so brauchen wir uns bey der Erklärung desselben nicht länger aufzuhalten k). Übrigens bezweckt man mit allen diesen Interdicten nicht nur den Schutz des Besitzes und der ruhigen Ausbesserung, sondern auch die Erstattung des zugefügten Schadens l).

a) D. XLIII. 19. *de itinere actuque privato.*
b) fr. 1. pr. §. 2. §. 3. §. 4. D. *eod.* Die Zeit der Benützung des früheren Besitzers wird ebenfalls eingerechnet, fr. 5. §. 2. fr. 6. D. *eod.*
c) fr. 2. §. 2. D. XLIII. 1. *de interdictis.* — fr. 3. §. 11. 13. 14. fr. 5. §. 4. D. XLIII. 19. *de itinere.* — d) D. XLIII. 20. *de aqua quot.* — e) fr. 1. §. 10. §. 19. D. *eod.* — f) fr. 1. §. 4. §. 31 — 36. D. *eod.* — g) D. XLIII. 21. *de rivis.* — h) fr. 1. pr. §. 9. fr. 3. §. 9. fr. 4. D. *eod.* — i) D. XLIII. 22. *de fonte.* — k) fr. un. pr. §. 1. 2. 4. 6. D. *eod.* — l) fr. 1. pr. fr. 3. §. 3. D. XLIII. 19. *de itinere.* — fr. 1. pr. §. 23. 27. D. XLIII. 20. *de aqua.*

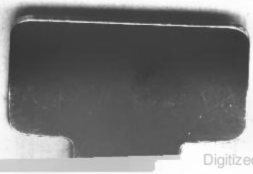
Gedruckt bey Anton Pichler.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google